Der gesetzliche Eintritt Dritter in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem Rechte des BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Wilhelm Kersten

Referendar aus Lütgendortmund (Westfalen).

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

Referent: Professor Dr. Bernhöft.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 1

II. Die Voraussetzungen für den Eintritt des Dritten in die Rechte des befriedigten Gläubigers 2

A. Fälle, in denen der Dritte ein Recht hat, den Gläubiger zu befriedigen.

1. Ablösungsrecht.

a) § 268 BGB.

Gläubiger ist nur der persönliche Gläubiger S. 3. Seine Forderung muß auf Geld gerichtet sein S. 4. Ablösungsrecht auch bei Arrest? S. 6. Anfang des Ablösungsrechts S. 8. Ende des Ablösungsrechts S. 13. Ein dem Schuldner gehörender Gegenstand S. 18. Der Dritte muß ein „Recht an dem Gegenstande“ haben S. 18. Was bedeutet „Gefahrlaufen“? S. 20. Die durch Immobiliarzwangsversteigerung bedrohten Rechte S. 21. Die bei der Mobiliarzwangsvollstreckung bedrohten Rechte S. 36. Besitzverlust S. 39.

b) § 1150 BGB.

Anfangszeitpunkt des Ablösungsrechts und Dauer desselben S. 43. Gläubiger im Sinne des § 1150 S. 46. Person des Ablösungsberechtigten S. 47.

c) § 1249 BGB.

Berechtigt sind nur dinglich Berechtigte, nicht auch Besitzer S. 49. Zeitpunkt S. 49.

2. §§ 1142, 1225 BGB.

a) § 1143 BGB.

Der Befriedigende muß zur Zeit der Befriedigung Eigentümer sein S. 50. Er darf nicht persönlicher Schuldner sein S. 50. Ist die Befriedigung nach § 1181 BGB. „aus dem Grundstücke“ als Befriedigung seitens des Eigentümers anzusehen? S. 51. Der Übergang der Forderung ist unabhängig von dem Bestehen eines Regreßrechts S. 52.

Seite

b) § 1225 BGB. 52

B. Fälle, in denen der Dritte die Pflicht hat, den Gläubiger zu befriedigen.

1. § 426 Gesamtschuldner 53

2. § 774 BGB. Zahlung des Bürgen 56

3. §§ 1607, 1709 BGB.

a) § 1607 57

b) § 1709 58

III. Der rechtliche Charakter des gesetzlichen Überganges der Forderung 59

IV. Muß der Eintrittsberechtigte einen besonderen animus haben und welchen? 65

V. Der Übergang der Forderung 68

Ausschluß des Überganges S. 69. Übergang der Akzessorien S. 69. Verpflichtung des bisherigen Gläubigers zur Auskunftserteilung und Auslieferung der Beweisurkunden S. 72. Einwendungen des Schuldners S. 73. Aufrechnungsmöglichkeit des Schuldners S. 75. Leistung des Schuldners an den bisherigen Gläubiger bezw. an einen Dritten S. 75. Anzeige und Beurkundung des gesetzlichen Forderungsübergangs S. 76. Übergang bei Teilbefriedigung S. 76.

VI. Die Haftung des bisherigen Gläubigers 79

VII. Beschränkung des Eintrittsrechtes 81

VIII. Konkurrenz mehrerer Eintrittsberechtigter 85

Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder S. 86.

IX. Sonstige Ersatzansprüche des zahlenden Dritten neben den durch den gesetzlichen Eintritt erworbenen Rechten 91

Literaturverzeichnis.

Becker, Die cessio legis im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht. Diss. Greifswald 1903.

Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen. In Kohlers Archiv Bd. 25 S. 84 ff.

Bernhöft, Das bürgerliche Recht. In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1904.

Best, Das Hypothekenrecht. Gießen 1896.

Biermann, Kommentar des Sachenrechts. Berlin 1903.

Bloch, Die Wirkungen des Mobiliarpfandverkaufs nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Würzburg 1902.

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Boethke in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 859 f.

Breit, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 283 ff.

Cohen, Erörterungen des § 774, 1 BGB. Diss. Greifswald 1904.

Cohn, Über das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und zum Bürgen. Juristische Wochenschrift 1906 S. 410 ff.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Jena 1901.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. Halle 1899—1901.

Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts. Bd. 2. Halle 1882.

Decker, Die sogen. cessio legis. Diss. Greifswald 1902.

Endemann, Lehrbuch Bd. 1, 2 und 3. Berlin 1900.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Mannheim 1901.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. Marburg 1901.

Erlinghagen, Der Rückgriff des Bürgen auf den Schuldner im Konkursfalle des Letzteren. Elberfeld 1902.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. München 1899.

Fischer-Schäfer, Die Gesetzgebung, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin 1902.

Fuchs, Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO. Tübingen und Leipzig 1904.

Henle, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. München 1901.

Hachenburg, Vorträge. Mannheim 1899.

Hruza, Korrealobligation und Verwandtes. Leipzig 1895.

Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österr. und deutschem Rechte. Graz 1904.

Krech-Fischer, Die preuß. Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin 1894.

Kremer, Die Mitbürgschaft. Straßburg 1902.

Lippmann, Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners. In den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 31 Neue Folge S. 180 ff.

Lueg, Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. Diss. Heidelberg 1904.

Martinus, Gutachten aus dem Deutschen Anwaltsverein. Heft 1. S. 53 ff.

Martinus, Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2, im Falle des § 1225 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 8. Jahrg. 1903 Nr. 23 S. 543 f.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 und 2. Berlin 1900.

Michelsen, Der Forderungsübergang (cessio legis) in historischer und dogmatischer Darstellung. Diss. Rostock.

Mittelstein, Hypothekenrecht.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. Berlin 1899.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. Bd. 2 und 3. Berlin und Leipzig 1888.

Oertmann, Kommentar zum BGB. Bd. 2. Berlin 1898.

Oertmann, Zahlung fremder Schulden. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 82. 1894.

Oßwald, Der sogen. gesetzliche Forderungsübergang nach dem Rechte des BGB. Diss. Leipzig 1904.

Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht. Breslau 1902.

Planck, BGB. Bd. 2. Berlin 1900; Bd. 3 1902; Bd. 2 Lief. 1 und Bd. 3 Lief. 1. Berlin 1904.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung. Bd. 1 II. Berlin 1898.

Regely, Das jus offerendi usw. Diss. Berlin 1893.

Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen. Bd. 2. Berlin 1903.

Rehbein-Reincke, Allgemeines Landrecht. Berlin 1894.

Reimers, Über die fingierte Zession. Diss. Göttingen 1881.

Ruer, Die sogen. cessio legis. Diss. Rostock 1900.

Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht. Berlin 1883.

Roth, Das Rückgriffsrecht des Bürgen. Diss. Rostock 1905.

Schefold, Die Unterhaltspflicht der unehelichen Mutter beim Vorhandensein einer Abfindungssumme. In der Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg 1904 Nr. 1 S. 1 ff.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse. Erlangen 1899.

Scherer, Sachenrecht. Erlangen 1900.

Schollmeyer, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers. Halle 1877.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. München 1900.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1904.

Sellner, Zur Auslegung des § 1225 BGB. In der Zeitschrift „Das Recht" 8. Jahrg. 1904 S. 477 ff.

Seuffert, Kommentar zur ZPO. Bd. 2. München 1905.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Paderborn 1900.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 2 und 3. München 1901, 1898; Bd. 2. München 1906.

Stolzenberg, Das Ablösungsrecht des § 268 BGB. Diss. Erlangen 1903.

Strohal in Nr. 16, 17 der Deutschen Juristenzeitung 8. Jahrg. 1903 S. 373 ff.

Struckmann-Koch, ZPO. für das Deutsche Reich. Berlin 1900.

Weber, Abtretung der Forderung bei Befriedigung des Gläubigers § 268 BGB. In der Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen 1902 Nr. 5 und 6 S. 129 ff.

Weißbart, Das Befriedigungsrecht Dritter. Diss. Würzburg 1898.

Windscheid, Pandektenrecht. Bd. 2. Frankfurt 1900.

Wolff, Das Zwangsversteigerungsgesetz. Berlin 1904.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung)

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553618_0032

I. Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in dem § 267 den Grundsatz aufgestellt, daß in den Fällen, in welchen der Wert einer Leistung nicht gerade von der Persönlichkeit des Leistenden abhängt, jeder Dritte die Leistung bewirken könne. Auch das preuß. allgem. Landrecht bestimmte etwas Ähnliches.[1]) Es besteht aber ein Unterschied zwischen den Grundsätzen der beiden Gesetzbücher hinsichtlich des Regresses des Dritten gegen den eigentlichen Leistungspflichtigen, und zwar sowohl hinsichtlich des Inhaltes als auch der Durchführung des Regresses. Während nämlich das allgem. Landrecht den zahlenden Dritten in der Regel ohne ausdrückliche Zession in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintreten läßt — cessio legis —, ja sogar dem Dritten einen erzwingbaren Anspruch auf Abtretung der Vor- und Beirechte zugesteht, hat das Bürgerliche Gesetzbuch dem leistenden Dritten den Eintritt von Gesetzes wegen versagt. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch muß der zahlende Dritte Ersatz zu erlangen suchen auf Grund der zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Rechtsbeziehungen, z. B. Mandat, negotiorum gestio.

In einigen besonderen Fällen jedoch hat das Bürgerliche Gesetzbuch dem zahlenden Dritten das Recht beigelegt, kraft Gesetzes an die Stelle des befriedigten Gläubigers einzurücken und die Rechte des Gläubigers so geltend zu machen, wie wenn in der Rolle des Gläubigers kein Personenwechsel eingetreten wäre, d. h. der Dritte wird Gläubiger. In allen unten näher zu

[1]) ALR. § 46 I, 16; vgl. Schollmeyer, Der gesetzliche Eintritt Dritter usw. S. 48ff.; Dernburg, Preuß. PrivR. II S. 191 Anm. 11.

bezeichnenden Fällen des gesetzlichen Eintrittsrechtes hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Umfang des Eintrittsrechts im Vergleich zum allgem. Landrecht bedeutend erweitert. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch tritt jetzt der zahlende Dritte ganz und gar an die Stelle des Gläubigers, die Vor- und Beirechte gehen jetzt ebenfalls ipso jure als ein zur Forderung gehörendes Attribut mit über.[1]) Diese Fälle,[2]) in denen der Dritte, „soweit er den Gläubiger befriedigt", kraft Gesetzes in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintritt, lassen sich in folgende zwei Gruppen einteilen, und zwar:

A. Fälle, in denen der Dritte ein Recht hat, den Gläubiger zu befriedigen:

1. Die Fälle des sogen. Ablösungsrechtes (jus offerendi) im BGB. §§ 268, 1150, 1249,
2. wenn der Eigentümer eines Grundstückes, der nicht persönlicher Schuldner ist, oder ein Drittverpfänder den Gläubiger befriedigt (§§ 1143, 1225).

B. Fälle, in denen der Dritte die Pflicht[3]) hat, den Gläubiger zu befriedigen:

1. wenn ein ausgleichungsberechtigter Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt (§ 426 BGB.),
2. wenn ein Bürge den Gläubiger befriedigt (§ 774 BGB.),
3. wenn gewisse Personen an Stelle des zunächst Verpflichteten dem Unterhaltsberechtigten Unterhalt gewähren (§§ 1607, 1709 BGB.).

II. Die Voraussetzungen für den Eintritt des Dritten in die Rechte des befriedigten Gläubigers.

Die erste und allen Fällen gemeinsame Voraussetzung für das gesetzliche Eintrittsrecht des Dritten ist die Befriedigung

---

[1]) Auch im ALR. gab es einzelne Fälle, in denen ein Eintritt mit allen Rechten sich vollzog, z. B. beim Bürgen I, 14 § 338; vgl. Dernburg a. a. O.

[2]) vgl. Becker, Die cessio legis S. 48ff.

[3]) vgl. Bernhöft in Birkmeyers Enzyklopädie S. 452.

des Gläubigers. Das Gesetz hat aber nicht jedem befriedigenden Dritten den gesetzlichen Forderungsübergang gegeben, sondern knüpft diesen an bestimmte Tatbestände.

Im folgenden sollen diese besonderen Tatbestände in der im Abschnitt I bezeichneten Reihenfolge einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

A. Fälle, in denen der Dritte ein Recht hat, den Gläubiger zu befriedigen.

1. **Das sogen. Ablösungsrecht,** wie es das Bürgerliche G-setzbuch in den §§ 268, 1150, 1249 aufweist, ist im wesentlichen das Ergebnis der neueren Gesetzgebungen. Der § 268 ist erst durch die Justizkommission des Bundesrates in das Gesetzbuch eingefügt.[1])

a) § 268 lautet: „Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem Besitzer einer Sache zu usw.“

Als Gläubiger im Sinne dieser Vorschrift kommt nur der persönliche Gläubiger in Betracht. Dies folgt einerseits schon aus der Stellung des § 268 im Rechte der Schuldverhältnisse, andererseits kann, wie die Literatur übereinstimmend,[2]) und zwar mit Recht annimmt, auch aus der Gegenüberstellung der §§ 268, 1150 und 1249 gefolgert werden, daß § 268 nur den persönlichen Gläubiger meint. Die §§ 1150 und 1249 BGB. regeln das Ablösungsrecht gegenüber einem dinglich berechtigten, nämlich gegenüber dem Hypotheken- und Pfandgläubiger. Da also das Ablösungsrecht dinglich Berechtigten gegenüber durch besondere Paragraphen geregelt ist, so ist nicht anzunehmen, daß zu den Gläubigern des § 268 auch dingliche Gläubiger gehören.[3])

---

[1]) Schollmeyer § 268 Anm. 1; Planck § 268 Anm. 1.

[2]) Stolzenberg S. 9; Schollmeyer § 268 Anm. 2[a]; Weißbart S. 8; Oertmann § 268 Anm. 1; Lueg S. 15.

[3]) s. Anm. 1 oben.

Gläubiger im Sinne des § 268 sind nur diejenigen persönlichen Gläubiger, deren Forderung auf Geld gerichtet ist.[1])

Gegenüber solchen Gläubigern, die eine Zwangsvollstreckung betreiben auf Herausgabe beweglicher Sachen oder einer Quantität bestimmter beweglicher Sachen (§ 883 ZPO.) außer Geld, oder zur Erwirkung einer Handlung oder Unterlassung (§§ 887 ff.), ist ein Ablösungsrecht nicht möglich.

Ohne weiteres muß das für diejenigen Gläubiger gelten, deren Forderung auf eine Handlung oder Unterlassung des Schuldners gerichtet ist. Wenn § 267 BGB. einem Dritten grundsätzlich gestattet, für den Schuldner eine Handlung vorzunehmen, falls es nicht gerade auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt, so ist doch bei einer Zwangsvollstreckung zur Erwirkung einer Handlung ein Ablösungsrecht Dritter schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Rechts- oder Besitzverlust durch diese Zwangsvollstreckung undenkbar ist.[2]) Ganz abgesehen davon verlangt § 268 BGB. eine Zwangsvollstreckung in einen „dem Schuldner gehörenden Gegenstand". Davon kann aber bei einer Zwangsvollstreckung zur Erwirkung einer Handlung des Schuldners keine Rede sein. Dasselbe gilt bei einer Zwangsvollstreckung, die auf Unterlassung gerichtet ist.

Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung auf Herausgabe beweglicher Sachen oder einer Quantität bestimmter vertretbarer oder nichtvertretbarer Sachen, so ist ein Ablösungsrecht eines Dritten ebenfalls ausgeschlossen. Da nur bewegliche Sachen (vgl. § 883 ZPO.) in Betracht kommen, so können im Rechte Bedrohte, wie Stolzenberg S. 11 richtig hervorhebt, nur der Eigentümer, Pfandgläubiger oder Nießbraucher sein. Der Eigentümer muß als Ablösungsberechtigter schon deshalb ausscheiden, weil der exekutierte Gegenstand nach § 268 „dem Schuldner gehören" muß, mithin nicht Eigentum eines Dritten sein kann. Er kann durch Erhebung einer Interventionsklage sein Eigentumsrecht vor dem Untergange bewahren.

---

[1]) Übereinstimmend Schollmeyer § 268 Anm. 2a; Stolzenberg S. 11 ff.; Weißbart S. 10; Neumann § 268 Anm. 1.

[2]) Schollmeyer § 268 Anm. 2a; Weißbart S. 10; Stolzenberg S. 11.

Pfand- und Nießbrauchsrechte gehen im allgemeinen nicht unter, wenn der Gläubiger die Herausgabe der betreffenden Sache durch Pfändung erwirkt.[1])

Der Dritte (Pfandgläubiger) geht seines Pfandrechtes nur dann verlustig, wenn er, wie aus § 1253 BGB. hervorgeht, das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt. Dies ist hier aber nicht der Fall. Der Pfandgläubiger würde die Sache an den exekutierenden persönlichen Gläubiger, der in diesem Falle weder der Verpfänder noch der Eigentümer des Pfandes sein kann,[2]) herausgeben. Mithin würde die Herausgabe an den pfändenden Gläubiger eine Verlustgefahr nicht im Gefolge haben. Außerdem setzt § 1253 BGB. die freiwillige Herausgabe voraus. „Die Möglichkeit der freiwilligen Herausgabe kann aber natürlich", wie Weißbart S. 10 mit Recht betont, „nicht den Begriff der Verlustgefahr ausfüllen."

Ist der Dritte Besitzer der exekutierten Sache, so lassen sich zwei Fälle denken. Entweder hat der Dritte nur den mittelbaren Besitz, dann richtet sich die Zwangsvollstreckung auf Herausgabe gegen den unmittelbar besitzenden Schuldner. Der Dritte hat dann ein die Veräußerung hinderndes Recht und kann seinen mittelbaren Besitz erhalten durch Anstellung einer Widerspruchsklage nach § 771 ZPO.[3]) Ein Ablösungsrecht ist dadurch aber ausgeschlossen, wie unten näher dargetan wird. Ist aber der Dritte unmittelbarer Besitzer, so kann die Zwangsvollstreckung nur in der Überweisung des Herausgabeanspruchs des Schuldners gegen den Dritten bestehen (§ 886 ZPO.). Würde dann der Dritte ein Befriedigungsrecht ausüben, so müßte er die Sache an den Gläubiger herausgeben, — denn darin würde die Befriedigung des Gläubigers bestehen. Es würde demnach durch die Befriedigung des Gläubigers ein Besitzverlust eintreten, was durch Gewährung des Ablösungsrechtes gerade verhindert werden soll.

---

[1]) Weißbart S. 10; Stolzenberg S. 11.

[2]) Eigentümer des Pfandes ist der Schuldner.

[3]) Schollmeyer § 268 Anm. 2a; Weißbart S. 11; Stolzenberg S. 12.

Der Zeitpunkt, wann der Dritte von seinem Ablösungsrechte Gebrauch machen kann, ist in den §§ 268, 1150 u. 1249 verschieden. Am günstigsten liegt der Zeitpunkt im § 1249 BGB. Hier hat der Dritte ein Ablösungsrecht schon dann, wenn der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Der Zeitpunkt zur Geltendmachung des Ablösungsrechtes im Falle des § 1150 BGB. ist das Verlangen des Hypothekengläubigers nach Befriedigung aus dem Grundstück. § 268 BGB. gesteht einem Dritten das Recht der Zahlung erst dann zu, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt.

Es entsteht zunächst die Frage, was unter Zwangsvollstreckung zu verstehen ist. Weißbart S. 11 ff. und Stolzenberg S. 18 ff. nehmen an, daß neben der eigentlichen Zwangsvollstreckung auch bei der Verhängung eines Arrestes ein Ablösungsrecht möglich sei. Es sei bei der späteren Einschiebung des § 268 in den fertigen Entwurf durch den Bundesrat die ausdrückliche Aufführung des Arrestes übersehen worden. Ich halte diese Deutung für unrichtig und für bedenklich. Das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet in vielen Paragraphen streng zwischen Zwangsvollstreckung und Arrest, z. B. §§ 135, 161, 184, 353 u. a. Im § 209 BGB., wo als Unterbrechung der Verjährung nur die Zwangsvollstreckung gemeint ist, ist der Arrest auch nach der Ansicht Weißbarts und Stolzenbergs zweifellos ausgenommen. Weshalb sollte dasselbe nicht auch für § 268 gelten? Allein maßgebend für die Beurteilung dieser Frage kann nur die Entscheidung darüber sein, ob durch den Arrest für einen Dritten ein Rechts- oder Besitzverlust begründet ist. Und das ist m. E. — mit Ausnahme eines einzigen, unten näher zu erörternden Falles — im allgemeinen zu verneinen.

Der Arrest ist eine Maßregel, die nur zur Sicherung einer künftigen Zwangsvollstreckung dienen soll. Zwar ist die Vollziehung des Arrestes eine Art von Zwangsvollstreckung und wird in bewegliche Sachen nach § 930 ZPO. im Wege der Pfändung bewirkt. Diese Pfändung führt aber im allgemeinen nicht zur Versteigerung der beschlagnahmten Sachen. Dazu ist erforderlich, daß das Arrestpfandrecht in Pfändungspfandrecht übergeht. Während das Pfändungspfandrecht

das Vorliegen eines vollstreckbaren Titels voraussetzt, ist dieses beim Arrestpfandrecht nicht erforderlich. Solange aber nur Arrestpfandrecht vorliegt und eine Versteigerung nicht möglich ist, ist die Gefahr eines Rechts- oder Besitzverlustes für einen Dritten noch nicht in solche Nähe gerückt, daß der Dritte ein Interesse an der Ablösung hätte. Stolzenberg weist darauf hin, daß der Übergang des Arrestpfandrechts in Pfändungspfandrecht der Wahrnehmung des Dritten entgehe. Das ist zwar richtig. Allein es ist zu bedenken, daß es zum Übergang des Arrestpfandrechtes in Pfändungspfandrecht eines vollstreckbaren Titels des Gläubigers gegen den Schuldner bedarf. Die Herbeiführung eines solchen vollstreckbaren Titels nimmt aber immer eine geraume Zeit in Anspruch. Ein Dritter jedoch, dem ein Rechts- oder Besitzverlust in Zukunft droht und ein Interesse an der Erhaltung seines Rechts hat, muß eben die Sorgfalt anwenden und sich von dem Zeitpunkt, wo er ein Ablösungsrecht anbringen kann, unterrichten, zumal — worauf unten noch näher einzugehen sein wird —, er eine verhältnismäßig lange Frist zur Geltendmachung seines Ablösungsrechtes hat, so daß es ihm nicht an Gelegenheit fehlen dürfte, seine Absicht auszuführen.

Wenn schon das Arrestpfandrecht einem Dritten ein Ablösungsrecht geben würde, so wäre das m. E. verfrüht und eine Befriedigung des Gläubigers würde sich in manchen Fällen als unnütz erweisen. Der Dritte kann noch gar nicht wissen, ob der Übergang des Arrestpfandrechtes in Pfändungspfandrecht sich überhaupt jemals vollziehen wird. Es ist z. B. nicht ausgeschlossen, daß sich in dem nachfolgenden Rechtsstreite der Arrest als zu Unrecht verhängt erweist und überhaupt aufgehoben wird. Dann wäre die Ablösung unnütz erfolgt. Wartet dagegen ein als Ablösungsberechtigter in Frage kommender Dritter das Vorliegen des Pfändungspfandrechtes ab, so kann er einer ihm drohenden Gefahr eines Rechts- oder Besitzverlustes immer noch vorbeugen.

Nur in einem Falle, den auch Stolzenberg a. a. O. erwähnt, muß man auch im Falle der Arrestvollziehung ein Ablösungsrecht gewähren, da ein Rechts- oder Besitzverlust möglich

erscheint. Nach § 930 Abs. 3 ZPO. kann nämlich das Vollstreckungsgericht auf Antrag anordnen, daß eine bewegliche Sache, wenn sie der Gefahr einer beträchtlichen Wertminderung ausgesetzt ist, oder wenn ihre Aufbewahrung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde, versteigert wird. Da in diesem Falle ohne das Vorliegen eines vollstreckbaren Titels eine Versteigerung stattfinden kann, so muß auch den im Recht oder Besitz Bedrohten ein Ablösungsrecht gewährt werden.

Als Voraussetzung für das Anbringen eines Befriedigungsrechtes seitens eines Dritten setzt § 268 das „Betreiben" der Zwangsvollstreckung fest. Wann dieser Zeitpunkt eintritt, darüber kann man zweifacher Ansicht sein.[1])

Zunächst könnte man von einem Betreiben der Zwangsvollstreckung schon dann sprechen, wenn der Gläubiger etwas unternimmt, um auf Grund eines vollstreckbaren Titels seinen Anspruch zu verwirklichen; das wäre demnach die Stellung des Antrages beim Vollstreckungsgericht oder die Erteilung des Vollstreckungsauftrages an den Gerichtsvollzieher. Sodann kann man unter Betreiben der Zwangsvollstreckung verstehen den Beginn der Zwangsmaßregeln durch die staatlichen Vollstreckungsorgane. Das Letztere ist richtig.[2]) Dagegen wäre es verfrüht, einem Dritten schon dann ein Recht auf Ablösung zu geben, wenn der Gläubiger einen Vollstreckungsantrag beim Gericht stellte oder dem Gerichtsvollzieher einen Vollstreckungsauftrag erteilte. Zunächst ist die Stellung des Antrages seitens des Gläubigers beim Vollstreckungsgericht oder die Erteilung des Auftrages an den Gerichtsvollzieher ein Zeitpunkt, der, wie Stolzenberg S. 22 mit Recht hervorhebt, für einen Dritten nicht ohne weiteres erkennbar ist. Da aber § 268 BGB. hauptsächlich bedrohte Rechte Dritter schützen will, so wäre es widersinnig, dem Dritten für seine Gegenmaßregeln einen Zeitpunkt festzusetzen, den er nicht erkennen kann. Auch ist der Schuldner durch die Stellung des Antrages bezw. Erteilung des Auftrages keineswegs in der Verfügung über sein

[1]) Weißbart S. 13ff.; Stolzenberg S. 21ff.; Lueg S. 15/16.
[2]) s. Anm. 1.

Vermögen beschränkt. In diesem Zeitpunkte ist in die Vermögenssphäre des Schuldners noch gar nicht eingegriffen, demnach der Dritte ein Interesse daran haben könnte, dieses Eingreifen zu verhindern. Andererseits ist bei der Zwangsvollstreckung in Mobilien noch nicht abzusehen, welche Gegenstände davon erfaßt werden. Wenn dies bei der Stellung des Antrages auf Zwangsvollstreckung in Immobilien nicht zutrifft, da gemäß § 16 ZVG. die Bezeichnung des Grundstückes schon in dem Antrage des Gläubigers erforderlich ist, so ist doch nicht vorauszusehen, ob die Zwangsvollstreckung wirklich durchgeführt wird.[1]) Es kann daher ein Interesse des Dritten noch nicht vorhanden sein, von seinem Ablösungsrechte Gebrauch zu machen. Vielmehr tritt dieses Interesse erst dann hervor, wenn die Zwangsvollstreckung einen bestimmten Gegenstand des Schuldners erfaßt, bei Grundstücken, wenn feststeht, daß das Gericht dem Vollstreckungsantrage des Gläubigers stattgibt. Erst von diesem Zeitpunkte an ist der Dritte der Gefahr eines Rechts- oder Besitzverlustes ausgesetzt.

Für die zweifellos richtige Ansicht, daß ein Dritter frühestens mit der Einleitung der Zwangsvollstreckung durch die staatlichen Vollstreckungsorgane das Befriedigungsrecht erlangt, sprechen auch die in der 2. Kommission bei der Beratung des jetzigen § 1150 BGB. (§ 1081 Entw. 1) gepflogenen Verhandlungen.[2])

Der erste Entwurf unterschied zwei Klassen von Ablösungsberechtigten:

1. diejenigen, gegen welche die Befriedigung aus der Hypothek gerichtet ist,

2. diejenigen, welche durch die Zwangsversteigerung der Gefahr ausgesetzt sind, ein Recht an dem Grundstücke zu verlieren.

Die erste Klasse der Ablösungsberechtigten sollte ohne weiteres, die zweite Klasse nur dann ein Befriedigungsrecht haben, wenn die Zwangsversteigerung betrieben

---

[1]) So mit Recht Stolzenberg S. 22; ebenso Lueg S. 16.

[2]) vgl. hierüber Stolzenberg S. 3ff.

wird.[1]) Die zweite Kommission verschmolz beide Klassen[2]) und setzte einheitlich als Zeitpunkt das Verlangen des Gläubigers nach Befriedigung aus dem Grundstücke fest mit der Begründung[3]): „es sei gerechtfertigt, das Ablösungsrecht der durch eine etwaige Zwangsversteigerung in ihrem Rechte gefährdeten Realberechtigten erst mit dem Beginne der Zwangsversteigerung entstehen zu lassen.“ Diese Erwägung bezieht sich auf die oben genannte zweite Klasse der Ablösungsberechtigten, die ihr Befriedigungsrecht geltend machen können, wenn die Zwangsversteigerung des Grundstückes betrieben wird. Hieraus geht hervor, daß der Ausdruck des Gesetzes „Betreiben der Zwangsvollstreckung“ mit „Beginn der Zwangsvollstreckung“ identisch ist. Vom Beginne der Zwangsvollstreckung kann man aber zweifellos erst dann reden, wenn die staatlichen Zwangsorgane zur Verwirklichung der Ansprüche (Vollstreckungsgericht, Gerichtsvollzieher) in Tätigkeit getreten sind. Da § 268 BGB. auch von „Betreiben der Zwangsvollstreckung“ spricht, so wird man auch hier darunter das Tätigwerden der staatlichen Vollstreckungsorgane zu verstehen haben. Der Zeitpunkt, in welchen der Beginn der Zwangsvollstreckung zu setzen ist, d. h. in welchem die staatlichen Vollstreckungsorgane tätig werden und demgemäß ein etwaiges Ablösungsrecht eines Dritten frühestens in Frage kommt, ist je nach dem Gegenstande, in welchen der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, verschieden.

Bei beweglichen Sachen kommt § 803 ZPO. zur Anwendung. Hiernach erfolgt die Zwangsvollstreckung durch Pfändung, d. h. durch die Beschlagnahme der betr. Gegenstände seitens des Gerichtsvollziehers. Demnach kann ein Ablösungsberechtigter erst nach dem Pfändungsakt durch den Gerichtsvollzieher von seinem Rechte Gebrauch machen. Würde er vorher den Gläubiger befriedigen, so könnten § 268 und seine Folgen (cessio legis) nicht eintreten. Die Pfändung einer Geldforderung erfolgt

[1]) vgl. Mot. III S. 692 Abschn. 3.
[2]) Prot. S. 4, 434.
[3]) Prot. S. 4, 335.

durch eine gerichtliche Handlung seitens des Vollstreckungsgerichts, und zwar durch Pfändungsbeschluß (§ 828 ZPO.). Dieser besteht gemäß § 829 ZPO. einerseits in dem Verbote an den Drittschuldner, an den Schuldner zu zahlen, andererseits in dem Gebote an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten. Als wirksam aber ist die Pfändung erst anzusehen mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner (§ 829 ZPO.). Diese Zustellung erfolgt durch den Gläubiger, indem er entweder den Gerichtsvollzieher damit beauftragt, oder den Gerichtsschreiber darum ersucht (§ 829 Abs. 2 ZPO.). Solange der Gläubiger dem Drittschuldner den Beschluß nicht zustellen läßt, ist eine Pfändung nicht eingetreten. Es kann demnach auch ein Ablösungsrecht eines Dritten vor der Zustellung nicht in Frage kommen.[1]) Zur Pfändung einer Hypothekenforderung ist außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Briefes erforderlich. Die Zwangsvollstreckung gilt als erfolgt durch die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger bezw. wenn der Gerichtsvollzieher den Hypothekenbrief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger dem Schuldner wegnimmt (§ 830 ZPO.). Bei Buchhypotheken ist die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich (§ 830 Satz 3 ZPO.). Die Pfändung in Wechselforderungen und anderen Forderungen aus indossablen Wertpapieren ist mit der Besitznahme der Wertpapiere durch den Gerichtsvollzieher als bewirkt anzusehen (§ 831 ZPO.). Hiernach muß sich auch der Zeitpunkt für eine Ablösungsmöglichkeit richten.

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt nach § 866 ZPO. durch Eintragung einer Sicherungshypothek, durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Jede dieser drei Maßregeln kann entweder allein oder neben den übrigen ausgeführt werden (Abs. 2 eodem.). Will der Gläubiger die Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek in das Grundstück bewirken, so wird mit der Eintragung die Hypothek wirksam (§ 867 ZPO.). Allein bei Verhängung dieser Maßregel ist, wie unten darzutun ist, ein Ablösungsrecht

[1]) So auch Weißbart S. 15; Stolzenberg S. 26; Lueg S. 17.

nicht gegeben, weil die Gefahr eines Rechts- oder Besitzverlustes ausgeschlossen erscheint.

Im übrigen wird die Immobiliarzwangsvollstreckung durch ein besonderes Gesetz geregelt, und zwar durch „das Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung" vom 23. 3. 1897 in der Fassung vom 20. 5. 1898.

Nach diesem Gesetz wird die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung eines Grundstückes auf Antrag des Gläubigers durch Beschluß vom Vollstreckungsgericht verhängt (§§ 15 und 146 ZVG.). Dieser Beschluß gilt gemäß § 20 ZVG. zugunsten des Gläubigers, d. h. desjenigen, der den Versteigerungsbeschluß erwirkt hat, als Beschlagnahme des Grundstückes. Dasselbe gilt für einen Gläubiger, der auf seinen Antrag durch Beitrittsbeschluß zum Beitritt zugelassen wird. Demgemäß beginnt die Zwangsvollstreckung nicht erst mit der Zustellung des Beschlusses an den Schuldner (§ 22 ZVG.) — wie etwa die Zustellung des Pfändungsbeschlusses hinsichtlich einer Geldforderung —, sondern mit dem Zustandekommen des Beschlusses, der die Zwangsvollstreckung anordnet.[1]) Dieses geht deutlich aus den Ausführungen der Denkschrift zum § 16 Abs. 2 ZVG. hervor: „Wenn hier im Abs. 2 bestimmt wird, daß dem Antrage die für den Beginn der Zwangsvollstreckung erforderlichen Urkunden beizufügen sind, so ist damit zugleich ausgesprochen, daß die Zwangsversteigerung schon mit dem Beschlusse, durch welchen sie angeordnet wird, und nicht erst mit der Zustellung dieses Beschlusses an den Schuldner beginnt." Mit dem Zeitpunkt also, in welchem der Richter den Beschluß unterzeichnet, beginnt die Zwangsvollstreckung in Grundstücke und kann ein etwaiges Ablösungsrecht mit der Perfektion des Beschlusses in Tätigkeit treten.[2]) Dieses Ergebnis wird auch durch die Bestimmung des § 22 ZVG. nicht beeinträchtigt, daß die Beschlag-

[1]) vgl. Henle, Zwangsversteigerung § 16 Anm. 6; ebenso Wolff, Das Zwangsversteigerungsgesetz § 16 Anm. 4.

[2]) vgl. Wolff § 16 Anm. 4: „Die Wirkung der Anordnung erfolgt daher schon mit der Unterschrift des Beschlusses durch den Vollstreckungsrichter." Henle § 16 Anm. 6; Fischer-Schäfer § 16 Anm. 4; Stolzenberg S. 27.

nahme des Grundstückes mit dem Zeitpunkte der Zustellung des Beschlusses an den Schuldner oder mit dem Eingang des Ersuchens um Eintragung des Versteigerungsvermerks bei dem Grundbuchamt wirksam werde.[1] „Bezüglich des Beginnes der Zwangsvollstreckung", sagt Stolzenberg S. 27 sehr richtig, „hat diese Zustellung an den Schuldner bezw. der Versteigerungsvermerk aber nur deklaratorische, nicht konstitutive Wirkung".[2]

Wir haben also gesehen, daß der Beginn der Zwangsvollstreckung je nach dem Gegenstande verschieden ist. Ebenso ist auch der Zeitpunkt, in welchem ein Ablösungsberechtigter von seinem Rechte Gebrauch machen kann, verschieden.

Die Dauer des Ablösungsrechtes ist nicht unbegrenzt, sondern muß mindestens mit dem Ende der Zwangsvollstreckung aufhören; denn § 268 BGB. erfordert als Voraussetzung des Ablösungsrechtes das „Betreiben" der Zwangsvollstreckung. Von einem Betreiben kann dann aber jedenfalls nicht mehr die Rede sein, wenn die Zwangsvollstreckung ihr Ende erreicht hat. In vielen Fällen jedoch endigt das Ablösungsrecht eher als die Zwangsvollstreckung. Allein maßgebend für das Ende des Ablösungsrechtes ist die Frage, mit welchem Zeitpunkt die Gefahr eines Rechts- oder Besitzverlustes für den Dritten ausgeschlossen ist. Soweit eine solche Gefahr nicht mehr besteht, ist das Ablösungsrecht schon vor Beendigung der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen.

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen endigt mit dem Aufhebungsbeschluß (§ 28 ZVG.) oder mit der rechtskräftigen Versagung des Zuschlags, wenn die Fortsetzung des Verfahrens unzulässig ist (§ 86 ZVG.).[3] Das Recht eines Dritten hat aber schon vor Beendigung der Zwangsvollstreckung sein Ende erreicht, und zwar mit der Erteilung des Zuschlages,[4] sofern der Zuschlagsbeschluß nicht auf dem Beschwerdeweg aufgehoben wird. Mit der Erteilung des Zuschlages ist die Zwangs-

[1] „Sofern auf das Ansuchen demnächst die Eintragung erfolgt" (§ 22 ZVG.).

[2] So auch Weißbart S. 15.

[3] Stolzenberg S. 29.

[4] Stolzenberg S. 30; Weißbart S. 16; Lueg S. 37.

vollstreckung aber noch keineswegs beendigt: hieran schließt sich z. B. das Verteilungsverfahren. Ein Ablösungsrecht ist nach rechtskräftig erteiltem Zuschlag deshalb ausgeschlossen, weil mit diesem Zeitpunkt der Ersteher nach § 90 ZVG. Eigentümer des Grundstücks wird und durch Untergang der bestehenden Rechte nach § 91 ZVG. die wichtigste Voraussetzung des § 268 BGB. — die Verlustgefahr — bereits erloschen ist. Durch den Zuschlag nämlich erlöschen gemäß § 91 ZVG. die Rechte an dem Grundstück, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen oder in Gemäßheit des § 91 Abs. 2 bestehen bleiben. Da nun aber § 268 BGB. eine Rechts- oder Besitzgefährdung des Ablösungsberechtigten voraussetzt, von einer Gefährdung nach der Erteilung des Zuschlages, weil die bestehenden Rechte bereits untergegangen sind, nicht mehr die Rede sein kann, so muß notwendig auch mit der Erteilung des Zuschlages das Ende des Ablösungsrechtes eingetreten sein. Der maßgebliche Zeitpunkt ist die Verkündung des Zuschlages, da aus dem § 89 ZVG. zu entnehmen ist, daß für die Wirksamkeit des Zuschlages die Verkündung derart wesentlich ist, „daß sie durch eine andere Bekanntmachung, etwa durch Zustellung des Zuschlagbeschlusses an die Beteiligten, nicht ersetzt werden kann".[1])

Anders ist es bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen. Eine ähnliche Bestimmung, wie § 90 ZVG. für die Immobiliarzwangsvollstreckung aufstellt, gibt es nicht für die Mobiliarzwangsvollstreckung, etwa derart, daß mit dem Zuschlag das Eigentum an dem versteigerten Pfand auf den Ersteher übergehe.

Die herrschende Meinung des gemeinen Rechts nahm an, daß bei Mobiliarexekution mit dem Zuschlage das Eigentum auf den Ersteher übergehe.[2])

Für das Bürgerliche Gesetzbuch hat die herrschende Meinung mit dieser Auffassung gebrochen, während nur Scherer[3]) an

[1]) Fischer-Schäfer § 89 Anm. 2.
[2]) vgl. Dernburg, Pand. I S. 512 unter b.
[3]) Sachenrecht S. 353 Anm.

der gemeinrechtlichen Auffassung festgehalten hat in der Annahme, daß nach dem Wortlaut des § 156 BGB. die gemeinrechtliche Auffassung in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen sei. Dies ist aber unzutreffend; denn § 156 BGB. läßt sich über den Eigentumsübergang einer versteigerten Sache nicht aus, sondern entscheidet lediglich die Streitfrage des gemeinen Rechts, wer bei einer Versteigerung als Offerent, wer als Oblat zu betrachten sei, in dem Sinne der herrschenden gemeinrechtlichen Auffassung, daß der Bieter als Offerent, der Versteigerer dagegen als Oblat anzusehen sei. Es ist zweifellos, daß nicht mit dem Zuschlage, sondern erst mit der rechtmäßigen Veräußerung des Pfandes das Eigentum auf den Ersteher übergeht.[1])

Daß Zuschlag und Eigentumsübergang nicht unbedingt zusammenfallen, geht schon daraus hervor, daß das Zwangsversteigerungsgesetz die Bestimmung des § 90 für notwendig hielt, es solle bei der Immobiliarvollstreckung mit dem Zuschlage das Eigentum auf den Ersteher übergehen. Hätte das Bürgerliche Gesetzbuch die gleiche Intention gehabt, so würde sich zweifellos eine analoge Vorschrift im Bürgerlichen Gesetzbuch finden. Das Fehlen einer solchen Vorschrift im Pfandrecht beweist vielmehr, wie Weißbart S. 16 mit Recht anführt, daß der Zuschlag bei Mobiliarpfandversteigerung den Eigentumsübergang nicht bewirkt.

Und in der Tat sprechen auch viele andere Gründe gegen die von Scherer aufgestellte Ansicht. Das bei der Versteigerung zustande kommende Rechtsgeschäft stellt sich nach § 156 BGB. als Vertrag dar. Es unterliegt keinem Zweifel, daß dieser Vertrag sich rechtlich als Kaufvertrag charakterisiert, der durch den Zuschlag perfekt wird.[2]) Nun ergibt sich aus § 433 BGB. für den Verkäufer die Pflicht, dem Käufer das Eigentum an der gekauften Sache zu verschaffen, d. h. ihm die Sache zu übergeben. Daraus ist ersichtlich, daß der Ersteher erst durch die Übergabe — genau wie beim Kaufvertrage — das Eigentum erlangt; er

[1]) Gaupp-Stein Bd. 2 § 817 Anm. 1; Cosack Bd. 2 § 245, 11a; Struckmann u. Koch § 817 Anm. 1; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 2 § 140 unter 2; Planck § 1242 Anm. 1a; Biermann § 1242 Anm. 1.

[2]) §§ 456 u. 512 BGB., die von einem Verkaufe im Wege der Zwangsvollstreckung sprechen. So mit Recht Stolzenberg S. 32; Lueg S. 38.

kann es daher nicht schon durch den Zuschlag — Perfektion des obligatorischen Vertrages —, der zeitlich früher liegt als die Übergabe, erhalten haben. Ebensowenig wie der Käufer durch den Abschluß des Kaufvertrages Eigentum an der gekauften Sache erwirbt, ebensowenig kann es der Ersteher mit dem Zuschlage, der rechtlich sich als die Annahme der vom Bieter gemachten Offerte darstellt.

Auch folgende Erwägung spricht gegen die Auffassung von Scherer. § 817 ZPO. macht die Ablieferung der ersteigerten Sache an den Ersteher von der Barzahlung abhängig und bestimmt in Abs. 3, daß mangels Barzahlung die Sache anderweitig versteigert werden muß. Diese Vorschrift bedeutet, daß wegen Nichterfüllung der Verkaufsbedingungen seitens des Erstehers (Barzahlung) der obligatorische Vertrag wieder aufgelöst sein solle. Ob der Zuschlag bereits erteilt ist oder nicht, hat auf die Weiterversteigerung keinen Einfluß. Hätte dagegen der Ersteher bereits mit dem Zuschlage das Eigentum erworben, so könnte man es ihm doch nicht so ohne weiteres wieder entziehen. Das würde, worauf Stolzenberg S. 33 zutreffend hinweist, eine ungewöhnliche Durchbrechung der Grundsätze unseres Rechts bedeuten, die nicht anzunehmen ist. Hätte der Gesetzgeber die Absicht gehabt, schon mit dem Zuschlage dem Ersteher das Eigentum zu gewähren, so hätte er sicherlich die Bestimmung aufgenommen, daß mangels Barzahlung der Zuschlag zu versagen sei. Die Erteilung des Zuschlags kann aber ohne Rücksicht auf Barzahlung erfolgen. Das Gesetz verbietet in § 817 Abs. 2 ZPO. nur die Ablieferung, d. h. Übergabe (Eigentumsübertragung) der zugeschlagenen Sache. Hieraus ist ersichtlich, daß Zuschlag und Eigentumsübertragung zwei ganz verschiedene, zeitlich gewöhnlich auseinanderliegende Vorgänge darstellen.

§ 1242 BGB. bestimmt, daß der Erwerber des Pfandes „durch die rechtmäßige Veräußerung“ die gleichen Rechte erlange, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte. Dies heißt aber nichts anderes, als: der Erwerber erhält durch die rechtmäßige Veräußerung das Eigentum an der Sache.[1])

[1]) vgl. Planck § 1242 Anm. 2a.

Aus dem Wortlaut des § 1242 BGB. geht deutlich hervor, daß diese schon für den Entw. I maßgebende Konstruktion in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen ist. § 1180 Entw. I (= § 1242 BGB.) unterschied streng zwischen dem Ersteher, der zugleich Pfandgläubiger war, und zwischen dem gewöhnlichen Ersteher. Diese sollten mit der rechtmäßigen Veräußerung, jene dagegen mit dem Zuschlage das Eigentum an dem Pfande erwerben. Die Mot. III S. 831 normieren ausdrücklich den Eigenumsübergang auf den meistbietenden Pfandgläubiger durch Zuschlag, um für die von der Wissenschaft bestrittene Frage keine Zweifel bestehen zu lassen. Der § 1242 läßt keinen Zweifel darüber bestehen, daß die Unterscheidung zwischen dem Ersteher, der zugleich Pfandgläubiger ist, und dem gewöhnlichen Ersteher für das Bürgerliche Gesetzbuch weggefallen und demnach einheitlich die Veräußerung, d. h. die Übergabe an den Ersteher der maßgebende Zeitpunkt für den Eigentumserwerb ist.

Nach § 1242 Abs. 2 BGB. erlöschen Pfand- und Nießbrauchsrechte — sofern letztere Rechte nicht allen Pfandrechten im Range vorgehen — mit dem Übergange des Eigentums. Der Eigentumsübergang und das Erlöschen der bestehenden Rechte liegen zeitlich zusammen. Dies ist auch der maßgebliche Zeitpunkt für das Ende eines Ablösungsrechts. Obwohl das Ende der Zwangsvollstreckung erst später erreicht ist, z. B. mit der Ablieferung des Erlöses an den Gläubiger, so ist die Geltendmachung eines Ablösungsrechts schon mit der Übereignung der Sache an den Ersteher ausgeschlossen, weil von diesem Zeitpunkte an infolge Untergangs der bestehenden Rechte eine Verlustgefahr bereits beseitigt ist.

Hinsichtlich der Beendigung des Ablösungsrechts bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen ist ein Unterschied zu machen, ob die Forderung an Zahlungsstatt zum Nennwerte oder zur Einziehung überwiesen wird. Das Ablösungsrecht bei Forderungen — das im allgemeinen in der Praxis wenig Bedeutung haben dürfte — ist in dem Falle der Überweisung an Zahlungsstatt dann beendet, wenn dem Drittschuldner der Überweisungsbeschluß zugestellt ist (§ 835 ZPO.). In diesem Augen-

blicke ist nämlich die Forderung bereits aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden, also kein dem Schuldner gehörender Gegenstand mehr (§ 835 Abs. 2 ZPO.). Da in der Praxis häufig oder wohl regelmäßig zugleich mit dem Pfändungsbeschluß (Anfang des Ablösungsrechts) [1]) der Überweisungsbeschluß (Ende des Ablösungsrechts) zugestellt wird, so dürfte in diesem Falle ein Ablösungsrecht überhaupt illusorisch sein; denn Anfang und Ende des Ablösungsrechts fallen zusammen. Anders ist es bei der Überweisung der Forderung zur Einziehung. Hier ist ein Ablösungsrecht erst dann beendet, wenn der Gläubiger die Forderung eingezogen oder darauf verzichtet hat (§ 843 ZPO.). Es ist deshalb in diesem Falle auch nach der Zustellung des Überweisungsbeschlusses ein Ablösungsrecht möglich.

Als eine weitere Voraussetzung für die Geltendmachung des Ablösungsrechts erfordert § 268 BGB., daß die Zwangsvollstreckung in einen „dem Schuldner gehörenden Gegenstand" betrieben wird. Unter Gegenstand versteht das Bürgerliche Gesetzbuch sowohl körperliche Sachen (§ 90 BGB.) als auch Rechte, kurz alles, was einen Vermögenswert besitzt. Der Gegenstand, in den die Zwangsvollstreckung betrieben wird, muß ein Bestandteil des schuldnerischen Vermögens bilden, m. a. W. der Schuldner muß Eigentümer des Gegenstandes sein. Ist der Dritte z. B. selbst Eigentümer des exekutierten Gegenstandes, so hat er ein Ablösungsrecht nicht, vielmehr hat er in diesem Falle die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO.

Während bisher im wesentlichen die Voraussetzungen in der Person des Gläubigers und in bezug auf den Gegenstand die Rede war, sollen jetzt die Voraussetzungen in der Person des Ablösungsberechtigten und die Beschaffenheit seines bedrohten Rechtes einer näheren Untersuchung unterzogen werden. § 268 BGB. gibt das Ablösungsrecht jedem, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande oder den Besitz einer Sache zu verlieren.

Unter „Recht an einem Gegenstande" wird von der herrschen-

---

[1]) vgl. oben S. 11 dieser Abhandlung.

den Meinung[1]) nur ein dingliches Recht verstanden. Der Ansicht, daß zu den Berechtigten auch persönliche Gläubiger gehören, sind nur Oertmann[2]) und Endemann.[3]) Gegen diese Auffassung spricht zunächst der Wortlaut des § 268 BGB. Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter „Recht an einem Gegenstande" nur ein dingliches Recht. Ein nur obligatorisch Berechtigter hat noch gar kein Recht an dem Gegenstande, sondern nur ein Recht gegen eine Person. Mithin kann ein bloß obligatorisch Berechtigter, der ein Recht an dem Gegenstande noch gar nicht hat, wie auch Oertmann § 268 Anm. 2c ausdrücklich hervorhebt, auch einem Verlust eines Rechtes nicht ausgesetzt sein. Oertmann meint, der innere Grund des Gesetzes treffe auch für die obligatorisch Berechtigten zu. Dies dürfte aber, wie mit Stolzenberg S. 44 und Lueg S. 19 mit Recht anzunehmen ist, nicht der Fall sein. § 268 will nur die an dem Gegenstande Berechtigten vor Nachteil, der ihnen infolge der Zwangsvollstreckung droht, bewahren. Wollte man dagegen mit Oertmann und Endemann annehmen, daß auch bloß obligatorisch Berechtigten die Vorschrift des § 268 zugute kommen sollte, so würde ihnen, wie Stolzenberg zutreffend ausführt, ein Schutz zuteil, welchen das Bürgerliche Gesetzbuch nur obligatorisch Berechtigten im allgemeinen nicht gewährt. So ist z. B. ein obligatorisch Berechtigter gegen eine weitere Verfügung über den Gegenstand seitens seines Vertragsgegners nicht gewahrt; er kann nicht etwa gegen denjenigen, zu dessen Gunsten die Verfügung getroffen ist, auf Herausgabe klagen mit der Begründung, letzterer habe das Bestehen des obligatorischen Rechtes gekannt. Er kann sich zwar an seinen Vertragsgegner halten, aber er kann dem Dritten die Sache nicht streitig machen.

---

[1]) vgl. Schollmeyer § 268 Anm 2b; Matthiaß Bd. 1 S. 4 u. 18 Anm. 2; Planck, Komm. § 268 Anm. 3a; Fischer und Henle § 268 Anm. 2; Enneccerus und Lehmann I § 214 IIa; Staudinger § 268, 1b; Neumann § 268 Anm. 2a.

[2]) Oertmann § 268 Anm. 2a.

[3]) Endemann Bd. 1 § 136 am Schluß: „Berechtigt ist, wer ein dingliches Recht oder den Besitz oder ein obligatorisches Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung hat." Ein „obligatorisches Recht an einem Gegenstande" gibt es gar nicht.

Wir kommen daher zu dem Schlusse, daß nur obligatorisch Berechtigte nach § 268 ein Ablösungsrecht nicht ausüben können. Ob sie dagegen überhaupt nach § 267 BGB. für den Schuldner zahlen können, ist eine andere Frage, die hier unentschieden bleiben kann.

Zu den dinglichen Rechten rechnet Schollmeyer[1]) auch die durch Vormerkungen gesicherten Rechte (§§ 883 ff. BGB.). Diese werden auch in mancher Beziehung wie eingetragene dingliche Rechte behandelt (vgl. §§ 48, 9 Nr. 1 ZVG.). Es ist zu berücksichtigen, daß die durch Vormerkung gesicherten Rechte jederzeit, sobald die Voraussetzungen vorliegen, in ordentliche dingliche Rechte übergehen und umgeschrieben werden können. Man muß daher mit Schollmeyer auch den durch Vormerkung Gesicherten ein jus offerendi zubilligen.[2])

Der § 268 BGB. verlangt als weitere Voraussetzung für die Geltendmachung eines Ablösungsrechtes, daß ein dem Dritten zustehendes dingliches Recht dem Untergange infolge der Zwangsvollstreckung entgegensteht, „ohne daß ein ausschließlich vom Willen des Rechtsinhabers abhängiger Rechtsakt dies zu hindern vermag.“ [3]) Deshalb ist das Befriedigungsrecht auch dem wahren Eigentümer des exekutierten Gegenstandes zu versagen, da er durch andere Mittel, und zwar durch Interventionsklage, nach § 771 ZPO. sein Eigentumsrecht wahren kann.[4]) Wie dem Eigentümer, so muß auch jedem, der durch Widerspruchsklage die Zwangsvollstreckung wirksam aufhalten kann, ein Ablösungsrecht versagt bleiben. Es folgt hieraus, wie Weißbart S. 21 sagt, „daß Widerspruchsklage und Befriedigungsrecht sich gegenseitig ausschließen“. Wann im einzelnen Widerspruchsklage, wann Befriedigungsrecht zu gewähren ist, darüber wird im einzelnen unten näher zu sprechen sein.

Das Ablösungsrecht ist auch denjenigen nicht gegeben, die durch andere Rechtsbehelfe den Verlust ihres Rechts verhindern

[1]) § 268 Anm. 2b; Staudinger § 268 Anm. 1b; Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung S. 82.

[2]) Ebenso Weißbart S. 28; Stolzenberg S. 50; Lueg S. 20.

[3]) vgl. Weißbart S. 21; Staudinger § 268 Anm. 1a.

[4]) Ebenso Stolzenberg S. 40.

können (z. B. durch Anmeldung im Zwangsversteigerungsverfahren. Es erlöschen z. B. dingliche Rechte, die zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind,[1]) wenn sie nicht spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet werden. Diese Rechte werden dann nämlich nicht in das geringste Gebot aufgenommen (§ 37 Nr. 4 in Verbindung mit §§ 45, 52 ZVG.). Obwohl diesen Rechten durch die Zwangsvollstreckung der Untergang droht, darf man doch nicht so weit gehen, den Inhabern dieser Rechte schlechthin ein Ablösungsrecht zuzubilligen;[2]) denn ihnen bietet sich eine einfache, nur von ihrem Willen abhängige Handhabe, ihr Recht zu erhalten, nämlich die Anmeldung. Ob diesen Berechtigten aber ein Ablösungsrecht zusteht, wenn sie die Anmeldung ihres Rechtes versäumt haben, davon soll unten (S. 22) näher gesprochen werden.

Im übrigen wird nun die Rede davon sein, welche Rechte an Immobilien durch die Zwangsversteigerung dem Untergange entgegengehen. Daran wird sich im einzelnen die weitere Frage knüpfen, ob ein Ablösungsrecht gewährt werden muß.

Nach § 52 ZVG. bleiben alle Rechte bestehen, welche bei Festsetzung des geringsten Gebotes berücksichtigt werden, sofern sie nicht durch Zahlung zu decken sind (Deckungsprinzip). In das geringste Gebot sind nach § 44 ZVG. alle die dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte aufzunehmen, d. h. diese Rechte bleiben bestehen. Da oben S. 3 dieser Abhandlung bereits festgestellt ist, daß § 268 BGB. nur einem persönlichen Gläubiger gegenüber, der die Zwangsvollstreckung betreibt, ein Ablösungsrecht gewährt, so würde ein dinglich Berechtigter im allgemeinen ein Ablösungsrecht nicht haben, da sein Recht dem des betreibenden persönlichen Gläubigers vorgeht, also nicht erlischt. Demgemäß würde auch im allgemeinen ein dinglich Berechtigter als Ablösungsberechtigter nach § 268 BGB. nicht in Betracht kommen. Dem dinglich

---

[1]) Z. B. Rechte, die versehentlich gelöscht sind.

[2]) Ebenso Stolzenberg S. 41, 42; Weißbart S. 22.

Berechtigten muß ja auch mangels Verlustgefahr in diesem Falle jegliches Interesse an der Befriedigung des Gläubigers fehlen.

Gleichwohl können aber Fälle eintreten, wo ein Ablösungsrecht auch für dinglich Berechtigte von Bedeutung sein kann. Wir haben oben S. 21 dieser Abhandlung gesehen, daß die zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerkes aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen dinglichen Rechte, wenn sie nicht spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet sind, durch den Zuschlag erlöschen (§§ 37 Nr. 4, 45, 52, 91 ZVG.). Wenn diesen Berechtigten zwar gewöhnlich — da sie ihr Recht durch Anmeldung aufrechterhalten können — ein Ablösungsrecht abgeht, so wird man doch für den Fall eine Ausnahme machen müssen, wenn der Berechtigte sein Recht nicht angemeldet hat.[1]) Nicht richtig ist es, wenn Stolzenberg S. 46 denjenigen, die ein Recht anzumelden versäumten, ein Ablösungsrecht nur dann gewähren will, wenn sie an der Anmeldung ihres Rechtes ohne ihr Verschulden verhindert waren. Ein eigentliches Verschulden liegt in der Versäumung der Anmeldung nicht; denn es liegt ganz im Belieben des Berechtigten, ob er anmelden will oder nicht. Die Folge der versäumten Anmeldung ist zunächst nur die Nichtberücksichtigung des Rechtes bei Feststellung des geringsten Gebotes. Etwaige weitere Folgen, wie Versagung des Ablösungsrechtes, sind weder im Gesetz begründet, noch lassen sie sich aus ihm herleiten. Die Vorschrift des § 268 BGB. (Recht zur Ablösung) muß im Zweifel zugunsten des Dritten — Ablösungsberechtigten — ausgelegt werden, sofern dem betreibenden Gläubiger hierdurch kein Abbruch an seinem Rechte geschieht.[2]) Im vorliegenden Falle würde durch die Ablösung der Gläubiger zu seinem Gelde kommen; er kann aber kein berechtigtes Interesse daran haben, gerade durch Zwangsversteigerung zu seinem Gelde zu kommen. Der früheste Zeitpunkt zur Geltendmachung des Ablösungsrechtes wäre in diesem Falle der Augenblick, in welchem der Berechtigte sein

[1]) So mit Recht Weißbart S. 31.

[2]) vgl. auch Staudinger § 268 Anm 1a.

Recht anzumelden nicht mehr imstande ist, d. i. nach der Aufforderung zur Abgabe von Geboten im Versteigerungstermin (vgl. § 37 Nr. 4 ZVG.), da mit der Aufforderung zur Abgabe von Geboten kraft Gesetzes die Anmeldung ausgeschlossen ist.

Das gleiche muß gelten, wenn ein Berechtigter sein Recht auf Verlangen des Gläubigers nicht glaubhaft machen kann, und es daher bei Feststellung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt wird (§ 45 Abs. 1 ZVG.).

Praktisch kann für einen dritten dinglich Berechtigten das Recht auf Ablösung auch dann werden, wenn er versäumt hatte, rückständige, wiederkehrende Leistungen, z. B. Zinsen, geltend zu machen. In Wirklichkeit wird ein Ablösungsrecht in diesem Falle selten vorkommen, da für die Geltendmachung wiederkehrender Leistungen ein sehr einfaches Verfahren besteht. Die laufenden, nach dem Inhalte des Grundbuches zu entrichtenden Beträge brauchen nämlich nicht besonders geltend gemacht, rückständige Beträge nicht glaubhaft gemacht zu werden (§ 45 Abs. 2 ZVG.). Rückständige Beträge können demnach durch einfache Anmeldung vor dem Untergange bewahrt werden. Im letzteren Falle muß die Gewährung des Ablösungsrechtes wieder davon abhängig gemacht werden, in welchem Stadium die Zwangsvollstreckung sich befindet. Von dem Zeitpunkt ab, von welchem die Anmeldung nicht mehr möglich ist und demnach das Recht auf die rückständigen Zinsen erlöschen würde, kann der Berechtigte zu dem Ablösungsrecht seine Zuflucht nehmen (vgl. S. 22). Nur die Ansprüche auf ältere als zweijährige rückständige Zinsen gehen, wie § 10 ZVG. bestimmt, dem Anspruche des betreibenden Gläubigers immer nach. In diesem Falle kann auch nicht etwa eine Anmeldung dem Berechtigten vor dem betreibenden Gläubiger eine bevorzugte Stellung gewähren. Man muß daher dem also Gefährdeten wegen seines Anspruchs auf ältere als zweijährige Zinsen immer ein Ablösungsrecht gewähren.

§ 52 Abs. 2 in Verbindung mit den §§ 914 Abs. 2, 917 BGB. läßt Überbau- und Notwegsrenten, obwohl sie nicht eingetragen sind, auch ohne Anmeldung bestehen. Hier kann also auch ein Ablösungsrecht nicht in Frage kommen.

Die Möglichkeit eines Ablösungsrechtes ist noch hinsichtlich derer zu erörtern, die erst nach Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens ein Recht an dem Grundstücke erlangt haben. § 23 ZVG. bestimmt, daß die Beschlagnahme des Grundstückes die Wirkung eines Veräußerungsverbotes habe, d. h. die Beschlagnahme ist ein relatives Veräußerungsverbot im Sinne der §§ 135, 136 BGB. Dadurch verliert aber der Schuldner keineswegs die Befugnis, über das beschlagnahmte Grundstück weiter zu verfügen. Die Folge ist nur, daß die Verfügungen dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam sind (§§ 135, 136 BGB.). Dieses gilt aber nicht schlechthin, sondern nach § 135 Abs. 2 BGB. wird der gute Glaube des Erwerbers geschützt. Dadurch können sich verschiedene Komplikationen ergeben.

Nach § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. ist die durch § 23 ZVG. normierte Verfügungsbeschränkung des Schuldners (relatives Veräußerungsverbot) einem Dritten gegenüber, der ein Recht an dem Grundstück erwerben will, nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuche ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist. Maßgebend für die Kenntnis des Dritten ist im allgemeinen die Zeit der Stellung des Eintragungsantrages bezw., wenn ausnahmsweise eine nach § 873 BGB. erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung (§ 892 Abs. 2 BGB.). § 23 Abs. 2 Satz 1 ZVG. stellt bei Beurteilung des guten Glaubens auf seiten des Erwerbers die Kenntnis der Beschlagnahme der Kenntnis des Versteigerungsantrages gleich. Letzteres aus dem Grunde, weil derjenige, der Kenntnis vom Versteigerungsantrage hat, mit der Möglichkeit der Beschlagnahme zu rechnen hat.[1])

Aus dieser Ausführung lassen sich folgende Sätze ableiten.

Der gute Glaube des Erwerbers gilt als nicht vorhanden:

1. wenn der Versteigerungsvermerk in das Grundbuch eingetragen ist,[2])

---

[1]) vgl. Fischer-Schäfer § 23 Anm. 4a.

[2]) Hier greift der Grundsatz vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs Platz.

2. wenn der Erwerber des dinglichen Rechtes zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrages Kenntnis von der Beschlagnahme des Grundstückes hat. Die Kenntnis von der Beschlagnahme liegt aber schon vor, wenn der Erwerber Kenntnis vom Versteigerungsantrage hat.

Daraus ergeben sich folgende Fälle:

A. Der Erwerber des dinglichen Rechtes hat zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrages seines Rechts weder Kenntnis vom Versteigerungsantrage noch von der Beschlagnahme des Grundstückes; dann kommt das dingliche Recht zur Entstehung und hat auch dem betreibenden Gläubiger gegenüber Wirksamkeit. Die Folge davon ist, daß das Recht bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigt wird. Ein Ablösungsrecht ist daher nicht erforderlich.[1])

B. Die Eintragung des Versteigerungsvermerks in das Grundbuch ist bereits erfolgt. Dann ist der gute Glaube ausgeschlossen (Fall 1 obiger Leitsätze). Wird jetzt für einen Dritten ein dingliches Recht eingetragen — dies ist möglich —, so hat es dem betreibenden Gläubiger gegenüber keine Wirksamkeit. Infolgedessen geht das Recht dem des betreibenden Gläubigers nach und wird bei Berechnung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt; es erlischt demnächst nach §§ 90, 91 ZVG. durch den Zuschlag. In diesem Falle wird man dem Erwerber des dinglichen Rechts schlechthin ein Ablösungsrecht zubilligen, wenn er trotz der Eintragung des Versteigerungsvermerks das Recht erworben hat.[2]) Abgesehen davon, daß die sonstigen Voraussetzungen des § 268 BGB. vorliegen, darf man nicht so weit gehen, dem Erwerber wegen seines präsumtiven Mangels an gutem Glauben überhaupt ein Ablösungsrecht abzusprechen. Für den betreibenden Gläubiger bedeutet es jedenfalls einen Vorteil, durch Ablösungsrecht seitens eines Dritten zu seinem Gelde zu kommen, da ihm regelmäßig ein Interesse daran fehlen dürfte, gerade im Wege der Zwangsversteigerung seine Befriedigung zu erlangen.

---

[1]) So auch Stolzenberg S. 47.

[2]) So anscheinend auch Stolzenberg S. 48; Mot. III S. 691 unter b.

Andererseits liegt kein Grund vor, einem dinglich Berechtigten, der in Kenntnis des Versteigerungsvermerks sein Recht erworben hat, das Ablösungsrecht zu versagen. Das betreffende Recht geht durch die Zwangsversteigerung seinem Untergange entgegen und das genügt, um dem Inhaber des Rechtes ein Ablösungsrecht zu gewähren. Die Ansicht Stolzenbergs S. 58, es würde völlig dem Geist und Zweck des § 268 BGB. widersprechen, diesen Berechtigten ein Ablösungsrecht zu gewähren, ist m. E. nicht zutreffend. Der Berechtigte kann in Kenntnis der Beschlagnahme des Grundstückes und doch ohne jede unredliche Absicht erworben haben, z. B. gerade in der Absicht, von dem Ablösungsrecht Gebrauch zu machen und so dem bedrängten Schuldner zu helfen. Folgendes Beispiel wird die Sachlage veranschaulichen. Die Beschlagnahme ist wegen einer verhältnismäßig geringfügigen Summe erfolgt. Ein Dritter erwirbt trotz Kenntnis der Beschlagnahme, um durch Geltendmachung des Ablösungsrechtes den Gläubiger zu befriedigen und so den Schuldner in der Person des Befriedigenden einen geduldigeren Gläubiger zu verschaffen, weil er glaubt, daß der Schuldner die Schuld noch nachträglich bezahlen werde, und schlimmstenfalls er selbst die Schuld tragen will. Wer könnte da ein berechtigtes Interesse an der Versagung des Ablösungsrechtes haben? Jedenfalls nicht der Gläubiger, dem es doch gleich sein kann, von wem er sein Geld erhält, jedenfalls kann er kein berechtigtes Interesse daran haben, gerade im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigt zu werden. Wenn der Gläubiger aber nur deshalb die Beschlagnahme des Grundstücks erwirkt hat, um in der Subhastation das Grundstück als schon lange begehrten willkommenen Besitz zu erwerben, so würde es der ratio legis widersprechen, durch Versagung eines Ablösungsrechtes den § 268 BGB. zugunsten des Gläubigers auszulegen und ihm dadurch in bequemer Weise zu einem unredlichen Besitz — in moralischem (menschlichem) Sinne — zu verhelfen. Wenn daher Stolzenberg S. 48 eine Zweiteilung macht und dem gutgläubigen — in bezug auf die Beschlagnahme des Grundstücks — Erwerber ein Ablösungsrecht gewähren, dem schlechtgläubigen dagegen das Ablösungsrecht versagen will, mit der

Begründung für den ersten Fall, daß die Gewährung des Ablösungsrechtes dem zwangsvollstreckenden Gläubiger vorteilhaft sei, so möchte ich erwidern, daß im zweiten Fall die Ablösung dem Gläubiger nicht nachteilig sein würde, jedenfalls aber gerade so vorteilhaft wie im ersten Falle; denn in beiden Fällen erhält er nur das, was ihm gebührt. Es ist nicht einzusehen, daß die Gut- oder Schlechtgläubigkeit irgend einen Einfluß auf die Vorteilhaftigkeit der Stellung des Gläubigers haben sollte. Wenn ferner Stolzenberg glaubt, daß die Mot. III S. 691 nur den ersten Fall (bei Gutgläubigkeit) im Auge haben, so ist zu bedenken, daß die Motive weder ausdrücklich nur den einen Fall betonen, noch aus dem Zusammenhang etwas derartiges zu entnehmen ist. Im Gegenteil, aus dem Zusammenhang ist zu ersehen, daß die Motive keinen Unterschied machen. Denn wenn die Motive einen Unterschied hätten machen wollen, so wäre sicherlich nicht so generell von dem Erwerb einer Hypothek nach Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens die Rede gewesen, sondern die Motive hätten eine Unterscheidung ausdrücklich konstatiert.

Das im vorhergehenden Absatz Gesagte gilt auch dann, wenn der Erwerber des dinglichen Rechts zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrages Kenntnis von der Beschlagnahme oder vom Versteigerungsantrage hatte (Fall 2 der Leitsätze).

C. Ist die nach § 873 Abs. 1 BGB. erforderliche Einigung in der in Abs. 2 bezeichneten Form vor der Beschlagnahme bezw. vor Stellung des Versteigerungsantrages zustande gekommen, so daß die Beteiligten daran gebunden sind, so kann der Erwerber die Eintragung seines Rechts nicht hindern. Hat der Erwerber nach der Beschlagnahme des Grundstückes in Kenntnis derselben bezw. des Versteigerungsantrages den Antrag auf Eintragung seines Rechts gestellt, so steht es dem Rechte des Gläubigers nach, wird daher nicht in das geringste Gebot aufgenommen und erlischt. Durch Geltendmachung eines Ablösungsrechtes würde dem Erwerber dagegen das Recht erhalten bleiben.

Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück umfaßt nicht nur das Grundstück allein, sondern nach § 20 Abs. 2 ZVG. in Übereinstimmung mit § 865 Abs. 1 ZPO. auch die Gegenstände,

auf welche sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt. Der Umfang der Haftung des Grundstücks für Hypotheken bestimmt sich nach den §§ 1120—1130 BGB. Jedoch erleidet der Umfang der Haftung bei der Beschlagnahme durch Zwangsvollstreckung durch § 21 ZVG. eine Modifikation. Nach § 21 Abs. 2 ZVG. sind bei der Zwangsversteigerung Miet- und Pachtzinsforderungen, sowie die Ansprüche aus einem mit dem Eigentum an dem Grundstücke verbundenen Rechte auf wiederkehrende Leistungen von der Beschlagnahme frei — anders bei der Zwangsverwaltung (vgl. § 148 ZVG.). Desgleichen wird das Recht des Pächters auf den Fruchtgenuß nach § 21 Abs. 3 ZVG. durch die Beschlagnahme nicht berührt. Früchte werden von der Beschlagnahme nur insoweit ergriffen, als sie noch mit dem Grund und Boden verbunden sind oder als Zubehör gelten.

Die Beschlagnahme erstreckt sich demnach außer auf das Grundstück:

1. Auf die wesentlichen Bestandteile desselben, insbesondere auf die mit dem Boden verbundenen Erzeugnisse,
2. auf die Früchte, soweit sie Zubehör sind, sowie auf das sonstige Zubehör,
3. auf Versicherungsforderungen, sowie auf Versicherungsforderungen für Früchte, soweit letztere nach Nr. 2 der Beschlagnahme unterliegen würden.

Soweit die aufgeführten Gegenstände der Immobiliarvollstreckung unterliegen, können die an ihnen bestehenden Rechte infolge der Zwangsvollstreckung auch dem Untergange entgegengehen.

An den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks können nach § 93 BGB. besondere Rechte nicht bestehen; ein Ablösungsrecht ist daher undenkbar.

Eine Ausnahme muß gemacht werden hinsichtlich der sogen. fructus stantes et pendentes. Diese unterliegen, obwohl sie nach § 94 BGB. zu den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks gehören, nach § 810 ZPO. dennoch der Mobiliarexekution, solange nicht die Beschlagnahme des Grundstücks und damit auch der fructus stantes et pendentes im Wege der Immobiliar-

exekution erfolgt ist. Wenn nach der Beschlagnahme des Grundstücks die Pfändung der fructus stantes et pendentes erfolgt, so ist letztere nach § 865 ZPO. unwirksam; ein Ablösungsrecht ist demnach ausgeschlossen.[1])

Findet dagegen die Pfändung der fructus vor der Beschlagnahme des Grundstückes statt, so ist sie wirksam und begründet dem Beschlagnahmegläubiger gegenüber, wie Weißbart S. 29 und mit ihm Stolzenberg S. 51 richtig annehmen, ein die Veräußerung hinderndes Recht. Die nachfolgende Beschlagnahme umfaßt zwar auch die bereits durch Mobiliarexekution gepfändeten Früchte (§§ 1121 Abs. 1 BGB., 20 Abs. 2 ZVG.), der Pfändungsgläubiger kann jedoch nach § 771 ZPO. die Widerspruchsklage gegen den Beschlagnahmegläubiger erheben und dadurch die Beschlagnahme der Früchte für den Beschlagnahmegläubiger unwirksam machen. Steht aber dem Pfändungspfandgläubiger der fructus stantes et pendentes die Widerspruchsklage zu, so muß ihm das Ablösungsrecht versagt bleiben (vgl. auch oben S. 20).

Es würde nicht gerechtfertigt erscheinen, dem Pfändungspfandgläubiger anstatt der Widerspruchsklage etwa nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse nach § 805 ZPO. zuzubilligen.[2]) „Es besteht gegenüber der Beschlagnahme", worauf Weißbart S. 29 mit Recht hinweist, „keine dem § 805 ZPO. entsprechende Bestimmung, wonach ein vorgehendes Recht, wie hier das Pfändungspfandrecht, etwa auf den Erlös angewiesen wäre." Schon aus der Existenz der §§ 810 Abs. 1, 865 Abs. 2 ZPO. geht hervor, daß die Pfändung der Früchte auf dem Halme (fructus stantes et pendentes) vor der Beschlagnahme des Grundstückes ein eigenes Recht begründet, dem gegenüber die Verweisung des Pfändungspfandgläubigers auf den Erlös sicherlich vom Gesetzgeber expressis verbis gesagt worden wäre.

Andererseits kann aber auch der Beschlagnahmegläubiger nicht etwa nach Maßgabe der §§ 810 Abs. 2, 771 ZPO. der

---

[1]) Weißbart S. 29.

[2]) Weißbart S. 29; Stolzenberg S. 51.

Pfändung der Früchte widersprechen mit der Behauptung, er habe durch die Beschlagnahme ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück erlangt. Der Gläubiger würde mit seiner Widerspruchsklage nur dann durchdringen, wenn der Beschlagnahme an sich eine stärkere Wirkung beigelegt wäre, als der vorhergehenden Pfändung von Früchten. Das ist aber nicht der Fall. Es ist daher m. E. ganz ungerechtfertigt, wenn Fischer-Schäfer zu § 865 ZPO. S. 128 und Gaupp-Stein zu § 810 ZPO. Anm. IV, 2 annehmen, daß der die Beschlagnahme betreibende persönliche Gläubiger der vorhergehenden Pfändung von Früchten auf Grund des § 810 Abs. 2 ZPO. widersprechen könne. Aus welchem Grunde sollte der persönliche Gläubiger, der die Beschlagnahme betreibt, vor einem andern Gläubiger, der die Früchte pfänden ließ, den Vorzug verdienen? Ist die Forderung des einen nicht ebensoviel wert als die des anderen? Man kann nicht etwa unter Berufung auf § 10 ZVG. sagen, daß die Beschlagnahme dem Gläubiger ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke gewähre in dem Sinne, wie § 810 Abs. 2 ZPO. es verlangt. § 10 ZVG. bildet nur die Grundlage für die Regelung des geringsten Gebotes und für die Verteilung des Versteigerungserlöses. Die Wirkung der Beschlagnahme erschöpft sich in dem Veräußerungsverbot zugunsten des Gläubigers; die Beschlagnahme gewährt dem Gläubiger dagegen nicht ein (dingliches) Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke. Nur wenn der Beschlagnahmegläubiger zugleich ein dinglich Berechtigter, z. B. Hypothekengläubiger ist, kann er nach Maßgabe der §§ 810 Abs. 2, 771 ZPO. auch der vorgehenden Pfändung von Früchten widersprechen. Dieses Widerspruchsrecht steht ihm aber auch ohne die Beschlagnahme zu. Dem rein persönlichen Gläubiger kann aber auch die Beschlagnahme kein solches Widerspruchsrecht gewähren.

Zubehör eines Grundstücks unterliegt (§§ 97, 98 BGB.), ebenso wie das Grundstück selbst nur der Immobiliarvollstreckung (§ 865 ZPO.); Zubehör eines Grundstückes kann demgemäß nicht gepfändet werden.[1]) Da nach § 97 BGB. als Zubehör nur

[1]) vgl. Sydow und Busch § 865 Anm. 6; Fischer-Schäfer zu § 865 Anm. 5 S. 127.

bewegliche Sachen in Betracht kommen, so können die an den Zubehörstücken bestehenden dinglichen Rechte nur Eigentum, Nießbrauch und Pfandrecht sein.

A. Eigentum. 1. Hat das im Wege der Immobiliarexekution mitbeschlagnahmte Zubehör von jeher im Eigentum eines Dritten gestanden, so kann dieser der Beschlagnahme nach Maßgabe des § 771 ZPO. widersprechen. Dieses Zubehör haftet überhaupt nicht.[1]) In diesem Falle ist, da Widerspruchsklage den Eigentümer des Zubehörs schützt, nach den Ausführungen oben S. 20 ein Ablösungsrecht ausgeschlossen.

2. Erfolgt die Veräußerung und Entfernung eines Zubehörstückes vor der Beschlagnahme des Grundstückes, so wird es von der Haftung frei und bleibt von der Beschlagnahme unberührt. Würde zwar die Veräußerung vor der Beschlagnahme, die Entfernung aber nach ihr stattfinden, so sind die Zubehörstücke nur dann von der Haftung befreit, wenn der Erwerber zur Zeit der Entfernung bezüglich der Beschlagnahme in gutem Glauben war.[2]) Ein Mittel zur Erhaltung eines Rechtes ist daher überflüssig. War dagegen der Erwerber des Zubehörs in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben, so kann der Beschlagnahmegläubiger die Zurückschaffung des mithaftenden Zubehörs auf das Grundstück verlangen. Hier hilft § 268 BGB. und gibt dem wegen seines Rechtes gefährdeten Erwerber ein Ablösungsrecht. Der Erwerber kann durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung abwenden, um so sein Recht vor dem Untergange zu bewahren. Man könnte nicht etwa sagen, § 268 BGB. finde keine Anwendung, weil die Beschlagnahme der Zubehörstücke, die inzwischen in das Eigentum der Erwerber übergegangen sind, den Tatbestand des zitierten Paragraphen nicht erfülle. Das Zubehör sei in diesem Falle nicht „ein dem Schuldner" gehöriger Gegenstand. M. E. ist § 268 BGB. anwendbar, obwohl streng genommen der Gegenstand nicht mehr dem Schuldner gehört, sondern einem Dritten. Das Gesetz ignoriert in diesem Falle eben den

[1]) vgl. Bernhöft, Das bürgerl. R., in Birkmayers Enzyklopädie S. 537.
[2]) Bernhöft S. 537, 2a in Verb. mit 1a.

Eigentumsübergang auf den Dritten und läßt das Zubehör trotz des Eigentums eines Dritten mithaften. Die Haftung dauert fort, als wenn der Gegenstand vom Grundstück niemals entfernt gewesen wäre, er bildet mit dem Grundstück eine wirtschaftliche Einheit und wird rechtlich so behandelt, als wenn er ein dem Schuldner gehöriger Gegenstand wäre.

3. Als besonderer Fall ist noch zu erwähnen, daß das Zubehörstück zwar veräußert, aber auf dem Grundstück verblieben ist. Wenn das Zubehörstück, welches dem Grundstückseigentümer gehörte, einem Dritten auf dem Grundstücke verkauft und ihm dort übergeben, aber nicht von dem Grundstück entfernt worden, so haftet das Zubehör, obwohl dem Dritten das Eigentum übertragen ist, unverändert fort, und wird von der Beschlagnahme mit ergriffen. „Eine Übergabe auf dem Grundstücke selbst hebt also die Haftung, wenn die Sachen dort verbleiben, nicht auf.“ [1]) In diesem Falle hilft dem Erwerber des Zubehörs die Geltendmachung eines Ablösungsrechtes; er kann durch Befriedigung des betreibenden Gläubigers die Zwangsvollstreckung sistieren und so sein Eigentumsrecht, welches anderenfalls untergehen würde, wahren. Es gilt dasselbe wie unter Nr. 2.

B. Nießbrauch und Pfandrecht. Besteht an dem mitbeschlagnahmten Zubehör ein Pfandrecht oder Nießbrauch, so muß, wie oben bei den Rechten an Grundstücken, zunächst wieder unterschieden werden, ob sie vor oder nach der Beschlagnahme begründet sind.

1. Pfandrecht oder Nießbrauch sind vor der Beschlagnahme entstanden. Dann ist die Regel, daß gemäß §§ 1205, 1032 BGB. mit der Entstehung des Rechts das Zubehörstück vom Grundstück entfernt ist, um dem Erwerber des Rechts übergeben zu werden. Ist dieses aber der Fall, dann ist mit der räumlichen Trennung des Zubehörs von dem Grundstücke die Zubehöreigenschaft erloschen.

Die Aufhebung der Zubehöreigenschaft allein ist jedoch nicht imstande, die Haftung des Zubehörs aufzuheben. Dazu

[1]) vgl. Bernhöft a. a. O.

muß notwendigerweise kommen, wie § 1122 Abs. 2 BGB. ausdrücklich bestimmt, daß die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft aufgehoben wird. Soweit dieses aber der Fall ist — dies ist quaestio facti —, bleibt das Zubehör von der Beschlagnahme unberührt. Verträgt sich dagegen die Entfernung des verpfändeten Zubehörs nicht mit den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft, so muß es auf das Grundstück zurückgeschafft werden. Dem Berechtigten steht zur Erhaltung seines Rechts die Wohltat des § 268 BGB. zu Gebote (vgl. oben unter A. 2). Stolzenberg S. 52 führt aus, ein verpfändeter Zubehörgegenstand, der zur Zeit der Wirksamkeit der Beschlagnahme sich nicht mehr auf dem Grundstück befindet, werde von der Beschlagnahme nicht umfaßt, weil er nicht mehr als Zubehör anzusehen sei. Hierbei hat er m. E. völlig übersehen, daß § 1122 Abs. 2 BGB. die Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verlangt.[1]) Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß § 1122 Abs. 2 BGB. Anwendung findet und die Entfernung des verpfändeten Zubehörgegenstandes eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft ohne Veräußerung darstellt.

Kommt es demnach auf die Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft an, so muß man sich vor allen Dingen hüten, Aufhebung der Zubehöreigenschaft und Entfernung vom Grundstück zu identifizieren. Letztere ist vielmehr nur ein Fall der Aufhebung der Zubehöreigenschaft. Zur Aufhebung der Zubehöreigenschaft ist die Entfernung vom Grundstück nicht notwendige Voraussetzung.[2]) Es ist daher wohl möglich, daß die Haftung eines verpfändeten Zubehörstücks trotz Verbleibens auf dem Grundstück erlischt. Folgendes Beispiel diene zur Veranschaulichung. Auf dem Landgute des A bewohnt B ein Haus. A hat Geld nötig und verpfändet dem B für die Gewährung eines Darlehns eine als Zubehör nach § 98 Nr. 2 BGB. zum Landgute gehörige Milch-

---

[1]) Wie hier auch Wolff zu § 20 Anm. 5c 2. Aufl. S. 70.

[2]) vgl. Bernhöft a. a. O. unter 2b.

kuh. B bringt die Kuh in dem zu seinem Hause gehörigen Stall unter und zieht die Nutzungen. Hierdurch ist die Zubehöreigenschaft der Kuh zum Grundstück aufgehoben, obwohl sie sich noch auf dem Landgute befindet. Die Beschlagnahme des Landgutes würde die Kuh nicht mit umfassen, vorausgesetzt, daß die Verpfändung derselben innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt ist. Letzteres würde ich z. B. annehmen, wenn A das Geld unbedingt notwendig hätte, um unentbehrliche Bewirtschaftungsgeräte anzuschaffen. In diesem Falle würde die Beschlagnahme den Zubehörgegenstand (die Kuh) trotz des Verbleibens auf dem Grundstück nicht ergreifen. Dem Pfandgläubiger B steht ein die Veräußerung hinderndes Recht zu; er würde daher nach Maßgabe des § 771 ZPO. Widerspruchsklage erheben können. Was von dem Pfandgläubiger gesagt ist, gilt auch für den Nießbraucher. Zu bemerken ist dabei noch, daß ein Zubehörgegenstand bei Bestellung eines Nießbrauchs auf dem Grundstück verbleiben kann durch Vereinbarung des constitutum possessorium (§ 1032 in Verbindung mit § 930 BGB.; letzteres wäre für das Pfandrecht ausgeschlossen). Es ist daher zu prüfen, ob 1. die Aufhebung der Zubehöreigenschaft und 2. die Aufhebung innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt ist. Ist z. B. in dem oben erwähnten Beispiel für B ein Nießbrauch an der Kuh bestellt, und die Kuh im Stalle des A verblieben — m. a. W. würde A kraft Vereinbarung unmittelbarer Besitzer, B aber mittelbarer Besitzer sein (constitutum possessorium) —, so würde die Zubehöreigenschaft der Kuh zum Landgute aufgehoben sein, da die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 BGB. nicht mehr vorliegen. Ob die Bestellung eines Nießbrauchs einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspräche, wäre nach Lage der Sache zu entscheiden.

Nicht richtig ist es m. E., wenn Weißbart S. 30, Stolzenberg S. 52, 53 und Lueg S. 21 dem Pfandgläubiger und Nießbrauchsberechtigten in dem Falle, daß der mit dem Rechte belastete Zubehörgegenstand auf dem Grundstücke verblieben ist, schlechthin ein die Veräußerung hinderndes Recht zubilligen wollen, ohne auch nur zu erwähnen, daß gemäß § 1122 Abs. 2

BGB. die Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erforderlich ist. Es ist eine durchaus verfehlte Ansicht, daß in diesem Falle die Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts allein ein die Veräußerung hinderndes Recht verleihen könnte.

2. Pfandrecht und Nießbrauch sind nach der Beschlagnahme entstanden. Nach § 24 ZVG. verbleibt dem Schuldner nach der Beschlagnahme die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft. Der Schuldner kann nach § 23 Abs. 1 ZVG. über mitbeschlagnahmtes Zubehör innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch dem Gläubiger gegenüber wirksam verfügen. Unter diesen Voraussetzungen würde die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts dem Erwerber ein die Veräußerung hinderndes Recht gewähren. Hat aber der Schuldner unter Überschreitung der ordentlichen Wirtschaftsführung über einen Zubehörgegenstand verfügt, z. B. ein Pfandrecht oder Nießbrauch daran bestellt, so ist das Pfandrecht bezw. der Nießbrauch auch dem Gläubiger gegenüber wirksam, wenn der Erwerber des Rechts sich in gutem Glauben befand, d. h. wenn er nicht oder ohne grobe Fahrlässigkeit nicht wußte, daß der Schuldner die Verfügung außerhalb der Grenzen einer ordentlichen Wirtschaft vorgenommen hatte[1]) (§§ 135 Abs. 2, 932 BGB.). Ist dies der Fall, so steht dem Erwerber des Rechts die Widerspruchsklage zu. Befand sich der Erwerber dagegen in schlechtem Glauben, so muß ihm ein Ablösungsrecht zugebilligt werden, da das Recht nicht in das geringste Gebot aufgenommen wird und demgemäß durch den Zuschlag untergeht.[2])

Durch die Beschlagnahme werden nach § 21 ZVG. auch die Versicherungsforderungen betroffen, soweit sie für noch nicht getrennte Erzeugnisse des Grund und Bodens bestehen also wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind (§ 94 BGB.),

---

[1]) vgl. Wolff § 23 Anm. 6 2. Aufl. S. 79; Fischer-Schäfer zu § 23 Anm. 4b S. 219.

[2]) Ebenso Weißbart S. 30; Lueg S. 21, 22; a. M. Stolzenberg S. 54. Hiergegen vgl. oben S. 26f.

oder soweit die Erzeugnisse Zubehör des Grundstückes sind (§ 98 BGB.). An den Versicherungsforderungen sind ebenfalls Rechte möglich, und zwar Pfandrecht und Nießbrauch (vgl. §§ 1068, 1273 BGB.). Es gilt hier dasselbe wie bei Rechten am Zubehör. Es kann daher auf die Ausführungen daselbst verwiesen werden.

Bei der Immobiliarexekution durch Zwangsverwaltung ist ein Ablösungsrecht auf Grund dinglicher Rechte an dem Grundstück nicht möglich. Durch die Zwangsverwaltung wird das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande erhalten, daher ist auch ein Untergang dinglicher Rechte schlechterdings ausgeschlossen, mithin auch ein Ablösungsrecht. Dagegen werden die auf dem Grundstücke befindlichen Mobilien in größerem Umfange von der Beschlagnahme ergriffen, als bei der Zwangsversteigerung. Nach § 148 ZVG. umfaßt die Beschlagnahme ohne Ausnahme alle diejenigen Gegenstände, auf welche sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt (§§ 1120—1131 BGB.). Die Ausnahmen, wie sie § 21 Abs. 1 und 2 ZVG. für die Zwangsversteigerung macht, gelten nicht für die Zwangsverwaltung (§ 148 ZVG.). Es werden daher auf Grund dieser Vorschrift sämtliche Miet- und Pachtzinsforderungen, die getrennten Erzeugnisse und Versicherungsforderungen von der Beschlagnahme ergriffen. An allen diesen Gegenständen ist Pfandrecht und Nießbrauch möglich. In bezug auf ein etwaiges Ablösungsrecht muß hier dasselbe gelten, wie bei der Zwangsversteigerung.

Bei der Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek ist entsprechend der Natur dieser Maßregel ein Ablösungsrecht überhaupt ausgeschlossen; denn hierdurch wird der Bestand des Grundstückes und der auf ihm lastenden Rechte weiter nicht berührt.

Wir betrachten jetzt die bei der Zwangsvollstreckung in beweglichen Sachen vorkommenden Rechte, die durch das Zwangsversteigerungsverfahren dem Untergange entgegengehen. Als solche Rechte an beweglichen Sachen kommen für das Ablösungsrecht nur Pfandrecht und Nießbrauchsrecht[1]) in Betracht.

[1]) Weißbart S. 26ff.; Stolzenberg S. 56ff.; Lueg S. 22.

Nach § 804 ZPO. erwirbt der pfändende Gläubiger an den gepfändeten Gegenständen ein Pfandrecht, worauf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Faustpfandrecht Anwendung finden. Für den Untergang etwaiger an den gepfändeten Gegenständen bestehender dinglicher Rechte ist der § 1242 BGB. heranzuziehen. Demnach gehen durch die rechtmäßige Veräußerung alle bestehenden Pfandrechte unter. Das gleiche gilt für Nießbrauchsrechte mit Ausnahme des allen Pfandrechten vorgehenden Nießbrauchsrechtes. Dem zuletzt genannten Berechtigten wird also ein Ablösungsrecht schon deshalb versagt sein, weil sein Recht von der Zwangsversteigerung nicht berührt wird. Dagegen gehen nachstehende Nießbrauchsrechte durch die Zwangsversteigerung ihrem Untergange entgegen. Diesen Berechtigten muß daher zur Erhaltung ihres Rechtes das Ablösungsrecht zugebilligt werden.

Dasselbe gilt für vor- und nachstehende Faustpfandgläubiger. Nach § 1142 Abs. 2 BGB. erlöschen sämtliche Pfandrechte an der Sache, selbst wenn sie dem Erwerber bekannt waren.

Für den vorgehenden Pfandgläubiger ergibt sich zwar noch ein anderes Mittel, um zu seiner Befriedigung zu gelangen. Er hat nämlich nach § 805 ZPO. ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse. Allein dieses Recht ist dem aus § 268 BGB. sich ergebenden Ablösungsrecht nicht gleich zu achten. Nach § 805 ZPO erhält der vorstehende Pfandgläubiger zwar seine Befriedigung, aber sein Recht an dem Gegenstande geht verloren. Anders nach § 268 BGB. Durch die Geltendmachung des Ablösungsrechts bleibt das Recht an dem Gegenstande bestehen. Das ist der eigentliche Zweck des § 268 BGB., bestehende Rechte zu schützen. Der Faustpfandgläubiger wird sich deshalb darüber zu entscheiden haben, ob es ihm auf seine Befriedigung oder auf Erhaltung seines dinglichen Rechts ankommt. Im ersteren Falle wird er ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung, im letzteren Falle ein Ablösungsrecht geltend machen. Dabei muß er sich darüber klar sein, daß sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung unter Umständen illusorisch werden kann, z. B. wenn auch andere vor ihm Berechtigte Anspruch auf den Erlös erheben und letzterer zur Befriedigung aller nicht

völlig ausreicht. Unter Umständen kann ihm das Ablösungsrecht von größerem Nutzen sein.[1]) Das könnte z. B. der Fall sein, wenn die Versteigerung der Sache wegen ungünstiger Verhältnisse voraussichtlich nicht so viel einbringen würde, daß das Recht auf vorzugsweise Befriedigung realisiert werden könnte. Durch die Befriedigung des zur Zwangsversteigerung drängenden weniger einsichtigen Gläubigers würde die Zwangsversteigerung sistiert. Der Gläubiger mit seinem vorzugsweisen Befriedigungsrecht könnte günstigere Zeiten abwarten.

Ein Ablösungsrecht muß auch demjenigen zugebilligt werden, der durch Anschlußpfändung nach § 826 ZPO. ein nachstehendes Pfandrecht erworben hat. Das Recht des Anschlußpfandgläubigers, welches im Verhältnis zu dem ersten Pfändungspfandgläubiger gemäß § 804 ZPO. einem durch Vertrag erworbenen Faustpfandrecht gleichsteht, geht infolge der Zwangsvollstreckung unter. Das genügt, um die Anwendung des § 268 BGB. zu seinen Gunsten gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Ich halte es daher nicht für zutreffend, wenn Weißbart S. 27 und Stolzenberg S. 58 dem Anschlußpfandgläubiger ein Ablösungsrecht absprechen wollen. Wer sollte ein berechtigtes Interesse an der Versagung des Ablösungsrechts haben? Jedenfalls nicht der vorgehende Pfändungspfandgläubiger. Im Gegenteil, er steht sich sogar besser, da er zu seinem Gelde kommt, während er dagegen noch nicht wissen kann, ob der Versteigerungserlös zu seiner Befriedigung ausreichen wird. Der von Weißbart und Stolzenberg angeführte Grund, der Anschlußpfandgläubiger betreibe gerade zu seiner Befriedigung die Anschlußpfändung, das Pfandrecht gehe deshalb mit seinem Willen unter und schließe demnach den Begriff der Verlustgefahr aus, ist nicht ausreichend. Es ist doch auch möglich, daß der Anschlußpfandgläubiger nur deshalb der Pfändung sich angeschlossen hat, um vermöge seines entstehenden (dinglichen) Anschlußpfandrechts zu den Ablösungsberechtigten zu zählen. Er kann z. B. den vorgehenden Pfändungspfandgläubiger nur deshalb ablösen, weil er einsieht, daß er mit seinem Anspruch auf den Erlös ausfallen würde; er will günstigere

[1]) Weißbart S. 26; Stolzenberg S. 57.

Zeiten zur Versteigerung abwarten. Es wäre m. E. jedenfalls verfehlt, dem Anschlußpfandgläubiger ein Ablösungsrecht zu versagen, zumal eine solche Versagung dem Interesse aller Beteiligten widersprechen würde.

Das Ablösungsrecht nach Maßgabe des § 268 steht aber nicht nur den dinglich Berechtigten, sondern auch den Besitzern zu, die Gefahr laufen, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren. Das gilt in gleicher Weise sowohl für den mittelbaren, als auch für den unmittelbaren Besitzer. Auch hier bedarf die Mobiliar- und Immobiliarzwangsvollstreckung einer besonderen Betrachtung.

Bei der Mobiliarzwangsvollstreckung kann für den unmittelbaren Besitzer von einem Ablösungsrechte nicht die Rede sein; ist er nämlich im unmittelbaren Besitze der dem Schuldner gehörigen beweglichen Sache, so kann die Pfändung der Sache nur dann vor sich gehen, wenn er zur Herausgabe bereit ist. Wenn aber die Pfändung der Sache von dem freien Willen des Besitzers zur Herausgabe abhängig ist, so ist dadurch die Gefahr eines Besitzverlustes von vornherein ausgeschlossen.[1]) In dieser Hinsicht kann der Satz gelten: „volenti non fit injuria.“ Hat aber der Gerichtsvollzieher gegen den Willen des unmittelbaren Besitzers die Pfändung vorgenommen, so kann letzterer nach § 766 ZPO. Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung oder unter Umständen nach § 771 ZPO. Widerspruchsklage erheben.[2])

Gegen einen nicht zur Herausgabe bereiten unmittelbaren Besitzer kann der Gläubiger nur den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache geltend machen[3]) (§§ 646, 847, 886 ZPO.). Läßt der Gläubiger sich diesen Anspruch des Schuldners in der Zwangsvollstreckung überweisen, so ist fraglich, ob dem Drittbesitzer ein Ablösungsrecht zusteht. Darüber sind die Ansichten geteilt. Planck[4]) § 268 Anm. 3b vertritt, ohne eine Begründung zu geben, die Ansicht, daß dem Besitzer — Dritt-

[1]) Weißbart S. 33.
[2]) Sydow u. Busch, ZPO. § 809 Anm. 2; § 805 Anm. 2 u. 3.
[3]) Sydow u. Busch § 805 Anm. 3; § 809 Anm. 2.
[4]) Ebenso Staudinger zu § 268 Anm.

schuldner — ein Ablösungsrecht zuerkannt werden müsse. Schollmeyer § 268 Anm. 2b und mit ihm Weißbart S. 33, Stolzenberg S. 60 und Lueg S. 23 wollen dem Besitzer, und zwar m. E. mit Recht, ein Ablösungsrecht absprechen. Wenn sich der Gläubiger nämlich den Herausgabeanspruch, der dem Schuldner gegen einen Dritten zusteht, in der Zwangsvollstreckung überweisen läßt, so müßte der Drittbesitzer, falls der Gläubiger mit seiner Zwangsvollstreckung überhaupt durchdringen wollte, dem Schuldner gegenüber nicht oder nicht mehr zum Besitz berechtigt sein. X hat eine Sache von dem Schuldner Y entliehen, die Gebrauchszeit ist noch nicht abgelaufen. Es steht nichts im Wege, daß der Gläubiger A jetzt schon den Anspruch seines Schuldners Y auf Herausgabe der Sache gegen X pfänden und sich überweisen läßt. A kann aber die Sache von X nicht herausverlangen, bevor die Gebrauchszeit abgelaufen ist. Würde der Gläubiger A trotzdem gegen den Drittbesitzer X die Zwangsvollstreckung auf Herausgabe betreiben, so könnte X sein Recht einredeweise geltend machen. Die Zwangsvollstreckung würde keinen Erfolg haben. Ein Ablösungsrecht wäre für den Drittbesitzer X überflüssig, da sein Besitz von keiner Gefahr bedroht ist. Wäre aber z. B. in dem angezogenen Beispiel die Gebrauchszeit abgelaufen, so würde der Gläubiger A gegen X mit Erfolg den Anspruch des Y auf Herausgabe betreiben können. Es ist nicht anders, als wenn Y selbst die Herausgabe von X verlangte. Die Verpflichtung des X zur Herausgabe beruht auf dem Rechtsverhältnis, welches zwischen ihm und dem Verleiher Y besteht; das ist auch die Ursache für den Besitzverlust des X. Die Zwangsvollstreckung ist nicht Ursache für den Besitzverlust des X; die Zwangsvollstreckung bewirkt nur, daß anstatt des Y der Gläubiger A die Herausgabe verlangen kann. Von der Gewährung eines Ablösungsrechts kann daher keine Rede sein.

Eine Ausnahme muß dann gemacht werden, worauf Weißbart S. 38 f.[1]) hinweist, wenn der Gläubiger den Anteil eines Miteigentümers pfänden läßt. Nach § 751 BGB. kann nämlich der

[1]) Ebenso Stolzenberg S. 60f.

Gläubiger auf Grund eines rechtskräftigen Titels ohne Rücksicht auf die etwa zwischen den Teilhabern bestehende Vereinbarung, wodurch die Aufhebung der Gemeinschaft ausgeschlossen wird, die Aufhebung einer solchen Gemeinschaft verlangen. Ist nun einem der Teilhaber der Alleinbesitz eingeräumt worden, so ist sein Besitz in Gefahr, durch die Zwangsvollstreckung verloren zu gehen. Es ist in diesem Falle nicht etwa das zwischen den Teilhabern bestehende Rechtsverhältnis, sondern die Zwangsvollstreckung, die den Besitz des alleinbesitzenden Miteigentümers gefährdet.[1]) Infolgedessen muß in diesem Falle dem gefährdeten Besitzer ein Ablösungsrecht zugebilligt werden.

Ist der Dritte mittelbarer Besitzer und wird die Sache bei dem Schuldner gepfändet, so hat mit der Beschlagnahme durch den Gerichtsvollzieher der Schuldner regelmäßig seinen unmittelbaren Besitz[2]) und mit ihm der Dritte seinen mittelbaren Besitz verloren. Da aber der Zeitpunkt der Beschlagnahme durch den Gerichtsvollzieher der früheste Moment zur Geltendmachung eines Ablösungsrechts ist, so kann der Dritte ein solches nicht anbringen, da im Augenblicke der Beschlagnahme der Dritte bereits den Besitz verloren hat, also eine Verlustgefahr nicht mehr vorliegt.[3])

Bei der Immobiliarzwangsversteigerung ist das Ablösungsrecht für einen Besitzer von viel größerer Bedeutung.[4]) § 93 ZVG. bestimmt, daß aus dem Zuschlagsbeschlusse gegen den Besitzer des Grundstücks oder einer mitversteigerten Sache die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe stattfinde. Als solche Besitzer kommen in Betracht z. B. der Entleiher, der Käufer eines Grundstücks, der, ohne ins Grundbuch eingetragen zu sein, Besitzer geworden ist. Mit Rücksicht auf die Gefahr, ihren Besitz durch die Zwangsvollstreckung zu verlieren, muß ihnen daher ein Ablösungsrecht zugebilligt werden.

[1]) Stolzenberg S. 61; Weißbart S. 34.

[2]) Der Gerichtsvollzieher nimmt entweder selbst die Sachen in Besitz (§ 808 Abs. 1 ZPO.) oder er beläßt sie zwar im Gewahrsam des Schuldners (§ 808 Abs. 2 ZPO.), der aber nicht etwa unmittelbarer Besitzer bleibt sondern Besitzdiener wird.

[3]) Weißbart S. 33; Stolzenberg S. 59; Lueg S. 23.

[4]) Weißbart S. 34f.; Stolzenberg S. 61f.; Lueg S. 23f.

Nur gegen solche Besitzer, die auf Grund eines Rechtes besitzen, das durch den Zuschlag nicht erloschen ist, soll eine Zwangsvollstreckung nicht stattfinden (§ 93 Abs. 2 Satz 2 ZVG.). In dieser Hinsicht kommen z. B. Mieter und Pächter in Betracht (§ 57 ZVG.).[1]) Diesen fehlt ein Ablösungsrecht im allgemeinen, da ihr Recht durch die Zwangsversteigerung nicht berührt wird. Sollte die Verletzung der Vorschrift des § 93 Abs. 1 Satz 2 ZVG. die Zwangsvollstreckung stattfinden,[2]) so können diese Besitzer im Wege der Klage nach Maßgabe des § 771 ZPO. Widerspruch erheben (§ 93 Abs. 1 Satz 3 ZVG.).

Nur in einem Falle muß auch dem Mieter und Pächter eines Grundstücks das Ablösungsrecht zugestanden werden. Nach § 57 ZVG. ist nämlich der Ersteher eines Grundstücks berechtigt, unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum ersten zulässigen Termin das Miet- bezw. Pachtverhältnis zu kündigen. Hierin liegt für den Mieter bezw. Pächter eine Gefahr, seinen Miet- oder Pachtbesitz vor der Zeit zu verlieren, selbst wenn der Vertrag auf längere Zeit hinaus geschlossen ist. Zur Abwendung dieser dem Mieter bezw. Pächter durch die Zwangsvollstreckung in das Grundstück drohende Gefahr muß das Ablösungsrecht gewährt werden.[3])

In der Zwangsverwaltung ist das Ablösungsrecht eines Besitzers weniger von Bedeutung, als bei der Zwangsversteigerung. Mieter und Pächter haben, wenn ihnen das Grundstück vor der Beschlagnahme überlassen wird, kein Befriedigungsrecht, weil ihre Stellung nach § 152 ZVG. ihnen erhalten bleibt. Der Verwalter hat hier auch nicht einmal das Recht der vorzeitigen Kündigung, wie der Ersteher bei der Zwangsversteigerung nach § 57 ZVG. Ist aber die Überlassung an den Mieter bezw. Pächter erst nach der Beschlagnahme des Grundstücks erfolgt,

---

[1]) Fischer-Schaefer § 93 Anm. 3 S. 365; Weißbart S. 34; Stolzenberg S. 61; Lueg S. 23; a. M. Henle § 93 Anm. 2.

[2]) Dies ist möglich, da es sich nur um eine Sollvorschrift handelt.

[3]) Ebenso Planck § 268 Anm. 3b; Schollmeyer § 268 Anm. 2b; Weißbart S. 34; Stolzenberg S. 62; Lueg S. S. 23, 24.

so ist der Verwalter an den Vertrag nicht gebunden.[1]) In diesem Falle muß dem Mieter bezw. Pächter ein Befriedigungsrecht zugesprochen werden. Dasselbe gilt von anderem zum Besitz Berechtigten z. B. Entleiher, da er in seinem Besitze nicht geschützt ist.

b) Ablösungsrecht des § 1150 BGB.

Das Ablösungsrecht des § 1150 BGB. ist eine spezielle Übertragung des Grundgedankens des § 268 in das Hypothekenrecht. Während § 268 das Betreiben der Zwangsvollstreckung voraussetzt, um ein Recht eines Dritten zur Ablösung zu begründen, genügt nach § 1150 BGB. schon das Verlangen des Gläubigers nach Befriedigung aus dem Grundstück oder aus den Gegenständen, auf welche sich nach §§ 1120—1130 BGB. eine Hypothek erstreckt. Daß dieses Verlangen gerichtlich gestellt ist, wird nicht vorausgesetzt, wie in der Literatur übereinstimmend angenommen wird.[1]) Ein dahingehender Antrag, das Ablösungsrecht von der gerichtlichen Geltendmachung des hypothekarischen Anspruches abhängig zu machen, wurde von der Kommission zur 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs abgelehnt. „Sie war der Ansicht", so heißt es in den Protokollen Bd. 3 S. 578 unter A, „es sei nicht gerechtfertigt, das Ablösungsrecht der durch eine etwaige Zwangsversteigerung in ihrem Rechte gefährdeten Realberechtigten erst mit dem Beginne der Zwangsversteigerung entstehen zu lassen. Sobald der Gläubiger mit dem Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstücke hervortrete, sei die Gefahr der Zwangsversteigerung hinreichend nahe gerückt, so daß ein berechtigtes Interesse der Realbererechtigten anerkannt werden müsse, den Eintritt dieser Gefahr zu verhindern. Die Verzögerung der Ablösung, welche der Entwurf zur Folge haben würde, bewirke nur, daß die

---

[1]) Henle § 152 ZVG. Anm. 5; Weißbart S. 35; Stolzenberg S. 62, 63.

[2]) Best, Hypothekenrecht § 13; Biermann § 1150 Anm. 1a; Mittelstein § 49 S. 110; Planck § 1150 Anm. 1.

Kosten der Einleitung der Zwangsversteigerung nutzlos aufgewendet werden müßten."

§ 1150 BGB. knüpft das Ablösungsrecht der Gefährdeten an die Voraussetzung, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke beansprucht. „Es genügt", wie Hachenburg[1]) sagt, „das Ansinnen des Gläubigers an den Eigentümer, ihn aus dem Grundstück zu bezahlen. Man wird aus den Worten ‚Befriedigung aus dem Grundstück' keine ausdrückliche Erklärung des Gläubigers in dieser Richtung fordern. Sein an den Schuldner, der auch der Eigentümer ist, gerichtetes Schreiben, die fällige Hypothek zu bezahlen, wird völlig genügen."

Wenn auch keine ausdrückliche Erklärung des Gläubigers erforderlich sein wird, so muß doch aus dem Verlangen des Gläubigers in zweifelfreier Weise hervorgehen, daß sein Verlangen auf Befriedigung aus dem Grundstück gerichtet ist.[2]) Man wird daher daran festzuhalten haben, daß es nicht genügt, wenn der Gläubiger von dem Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, „nur Zahlung schlechthin verlangt, daß aber, wenn das dingliche Befriedigungsverlangen des Abzulösenden zweifelsfrei ist, dann die bloße theoretische Möglichkeit einer Gefährdung des Ablösenden genügt." [3]) Nur unter dieser Einschränkung ist der von Hachenburg aufgestellten Ansicht beizupflichten.

Die Ansichten gehen darüber auseinander, ob die Forderung, wegen deren der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlangt, fällig sein müsse, um für einen Dritten ein Ablösungsrecht zu begründen. Fuchs § 1150 Anm. II, 2a S. 474 hält die Fälligkeit des Anspruchs als Voraussetzung des Ablösungsrechtes nicht für erforderlich. Diese Ansicht dürfte jedoch nicht ganz zutreffend sein.[4]) Nach dem Sinne des § 1150 BGB. ist anzunehmen, daß nur dann einem Dritten ein Ablösungsrecht zusteht,

---

[1]) Vorträge S. 278.

[2]) Fuchs Bd. 1 § 1150 Anm. 6a S. 476.

[3]) Fuchs S. 476.

[4]) Wie hier Planck § 1150 Anm. 1; Biermann Anm. 1a; Böhm § 1150 Anm. I C. S. 212; Türcke § 1150.

wenn das Verlangen des Gläubigers nach Befriedigung aus dem Grundstück berechtigt erscheint und durch die Verfolgung dieses berechtigten Verlangens eine Gefahr für einen Dritten entstehen würde. Die Fälligkeit der Forderung ist aber das erste Erfordernis, daß den Gläubiger berechtigt, aus dem Grundstück Befriedigung zu verlangen. Vor der Fälligkeit könnte der Gläubiger mit seinem Verlangen nicht durchdringen; es wäre folglich auch für einen Dritten noch keine Rechts- oder Besitzgefährdung vorhanden, insbesondere noch nicht so nahegerückt, daß der Dritte ein Interesse an der Befriedigung des Gläubigers und an der Wahrung seiner Rechte hätte.

Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so erlangt mit der Kündigung derselben gegenüber dem Eigentümer des Grundstückes (arg. § 1141 BGB.) ein Dritter ein Ablösungsrecht, wenn mit der Kündigung der Forderung zugleich die Fälligkeit eingetreten ist. Tritt aber die Fälligkeit erst bestimmte Zeit nach der Kündigung ein, so muß man sich die Frage vorlegen, ob § 271 Abs. 2 BGB. Anwendung findet und der Schuldner vor dem Fälligkeitstermin zahlen darf. Da aber im Zweifel hier der Satz gilt: diei adjectio pro reo, so wird ein Dritter meist schon mit der Kündigung ein Ablösungsrecht geltend machen können. Ist dagegen die Kündigungsfrist auch zugunsten des Gläubigers gegeben (quaestio facti), tritt daher die Fälligkeit und die Zahlungsberechtigung des Schuldners erst bestimmte Zeit nach der Kündigung ein, so muß einem Dritten vor Eintritt der Fälligkeit ein Ablösungsrecht abgesprochen werden. Wollte man ihm dagegen ein Ablösungsrecht schon vor der Fälligkeit einräumen, so käme man zu dem Ergebnis, daß der Gläubiger von einem gefährdeten Dritten vor der Fälligkeit die Bezahlung annehmen müßte, während der Schuldner selbst auf den Eintritt der Fälligkeit warten müßte. Das wäre aber ein Widerspruch.

Die Dauer des Ablösungsrechtes ist auch hier wie oben bei § 268 BGB. abhängig davon, wie lange von der Gefahr eines Rechts- oder Besitzverlustes die Rede sein kann. Es ist daher insbesondere nach Einleitung der Zwangsvollstreckung noch ein Ablösungsrecht möglich, und zwar bis zur Verkündigung

des Zuschlags. Mit der Verkündung des Zuschlages hört die Verlustgefahr wegen des infolge der Zwangsversteigerung erfolgten Unterganges der Rechte auf. Es kann in dieser Hinsicht auf die Ausführungen bei § 268 BGB. verwiesen werden.

Wird nach der Einleitung des Versteigerungstermins ein Ablösungsrecht geltend gemacht, so muß der Berechtigte außer dem Betrage der Forderung des Gläubigers den zur Deckung der Kosten des Verfahrens erforderlichen Betrag an das Vollstreckungsgericht einzahlen. Hierdurch wird aber, wie Fuchs § 75 Anm. 3 S. 316 mit Recht bemerkt, nicht die Befriedigung des Gläubigers unmittelbar erzielt. Die Zahlung bewirkt nur eine einstweilige Einstellung des Verfahrens. Die Wirkungen des Ablösungsrechtes treten dagegen erst ein, wenn das Gericht seinerseits den Betrag an den Gläubiger auszahlt.[1])

Als Gläubiger im Sinne des § 1150 BGB. kommt nur der Hypothekengläubiger in Betracht. Es ist erforderlich, daß der Gläubiger den dinglichen Anspruch erhebt.[2]) Es genügt daher nicht, wenn ein bloß persönlicher Gläubiger oder ein Hypothekengläubiger nur wegen des persönlichen Anspruchs die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreibt.[3]) In diesem Falle findet vielmehr § 268 BGB. unmittelbar Anwendung.

Es ist daher nicht richtig, wenn Best § 13 S. 75/76 annimmt, es finde nach § 1150 auch gegen den betreibenden persönlichen Gläubiger ein Ablösungsrecht statt und die Nichterwähnung geschehe nicht etwa darum, weil das Gesetzbuch diesen Standpunkt mißbillige. Wenn bei der Beratung des zweiten Entwurfes ein dahingehender Beschluß gefaßt wurde, so geschah das, weil man das Ablösungsrecht des § 268 noch nicht hatte. Nachdem aber der Bundesrat das Ablösungsrecht dem persönlichen Gläubiger gegenüber durch besondere Para-

---

[1]) Fischer-Schaefer S. 316; Planck § 1150 Anm. 1; Biermann § 1150 Anm. 3.

[2]) Biermann § 1150 Anm. 1a; Fuchs § 1150 II, 2b. S. 474.

[3]) Biermann § 1150, 1a; Fuchs Anm. II, 2b; Planck § 1150 Anm. 1; Böhm § 1150 A I B.

graphen geregelt hat, findet diesem gegenüber nicht § 1150, sondern § 268 lediglich Anwendung.

Nach § 1150 BGB. ist ablösungsberechtigt jeder Dritte, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstücke oder dem Besitz desselben zu verlieren. Es ist möglich, daß die Befriedigung des Hypothekengläubigers auch noch auf andere Weise als durch Zwangsvollstreckung erfolgt,[1]) z. B. durch Übertragung des Grundstücks zum Zwecke der Befriedigung, Freihandverkauf. In diesen Fällen der Befriedigung kann ein Ablösungsrecht nicht in Frage kommen, da eingetragene Rechte von dieser Art der Befriedigung nicht berührt werden. Wohl kann dagegen der Besitzer des Grundstücks oder der Gläubiger eines nicht eingetragenen Rechtes (§ 892 BGB.) gefährdet sein. Der Entw. 2 (§ 1057) versagte das Ablösungsrecht, da hier expressis verbis eine Gefährdung durch Zwangsversteigerung verlangt wurde. Fuchs a. a. O. weist mit Recht darauf hin, daß die vom Bundesrat eingeführte Fassung des § 1150 BGB. einem Ablösungsrecht dieser Gefährdeten nicht im Wege stehen würde. Eine entsprechende Anwendung des § 268 BGB. liege auch dann vor, wenn man nicht bloß im Vordersatz die Worte „Zwangsvollstreckung betreiben“ durch „Befriedigung verlangen“ ersetze, sondern wenn man auch im Nachsatz an Stelle der Worte „durch die Zwangsvollstreckung“ die Worte „durch das Befriedigungsverlangen des Gläubigers“ setze. „Indessen erhellt nicht“, so fährt er fort, „daß die Bundesratsvorlage von dem Entw. 2 sachlich habe abweichen wollen, und man wird daher nach wie vor als Voraussetzung für das Ablösungsrecht eine Gefährdung durch Zwangsvollstreckung verlangen“.[2])

Als Ablösungsberechtigte kommen in Betracht die dem betreibenden Gläubiger nachfolgenden Berechtigten. Das sind vor allen Dingen die nachstehenden Realberechtigten, deren Rechte bei Feststellung des geringsten Gebotes unberücksichtigt bleiben und daher nach §§ 90, 91 ZVG. durch den Zuschlag erlöschen.

---

[1]) Fuchs § 1150 Anm. II B 3a S. 474, 475.

[2]) Fuchs S. 475; Best II § 13 S. 75; Biermann § 1150 Anm. 1 b; Neumann § 1150 Anm. 2.

Unter Umständen ist aber auch ein vorstehender Berechtigter gefährdet und demnach zur Ablösung berechtigt, und zwar wegen seines Anspruchs auf ältere als zweijährige Rückstände an Zinsen (§ 10 Ziff. 6 u. 8 ZVG.). Das Ablösungsrecht wird den nachstehenden Berechtigten auch nicht etwa dadurch entzogen, daß ihre Befriedigung mit Sicherheit aus dem Erlöse zu erwarten ist. Wenn sie zwar befriedigt werden, so geht doch ihr Recht unter allen Umständen unter, weil es nicht in das geringste Gebot aufgenommen wird. „Denn die Tatsache des Verlustes des dinglichen Rechtes als Folge des Zuschlages (§ 91) wird dadurch nicht beseitigt, daß an die Stelle des Rechtes der Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse tritt.“ [1])

Wie bei § 268 BGB. so ist auch hier den Besitzern des Grundstücks oder derjenigen Gegenstände, worauf sich die Hypothek erstreckt, ein Ablösungsrecht zuzubilligen. Als gefährdete Besitzer stehen hauptsächlich Mieter und Pächter, deren die Protokolle zur 2. Lesung Bd. 3 S. 579 besondere Erwähnung tun, in Frage. Gegen Mieter und Pächter findet aus dem Zuschlagsbeschlusse, wie oben bei Erläuterung des § 268 ausführlich betrachtet ist, eine Zwangsvollstreckung auf Räumung nicht statt (§§ 57, 93 Satz 2 ZVG.). Dem Ersteher steht aber nach § 57 ZVG. ein Kündigungsrecht unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum ersten zulässigen Termin zu. Hierin liegt für den Mieter bezw. Pächter eine Gefahr, vor der Zeit seinen Besitz zu verlieren. Es greifen dieselben Gesichtspunkte wie oben S. 42 Platz. Es muß daher dem in seinem Besitz gefährdeten Mieter bezw. Pächter ein Ablösungsrecht zugebilligt werden.[2])

Ein Ablösungsrecht steht in gleicher Weise auch denjenigen zu, deren Recht oder Besitz an den Gegenständen gefährdet ist, auf die sich nach §§ 1120—1130 BGB. die Hypothek erstreckt.[3])

---

[1]) vgl. Fischer-Schaefer § 75 Anm. 2b S. 315.

[2]) Ebenso Fuchs § 1150 Anm. II B 4bb S. 476; Neumann § 1150 Anm. 2; Biermann § 1150 Anm. 1b; Best § 13 S. 75.

[3]) Biermann § 1150 Anm. 1a; Lueg S. 24; Fuchs S. 475.

c) Ablösungsrecht des § 1249 BGB.[1])

Der § 1249 BGB. gibt das Ablösungsrecht allen dinglich Berechtigten, die durch die Veräußerung des Pfandes ihr Recht an dem Pfande verlieren würden. Es kommen also in Betracht zunächst der Eigentümer, ferner der vorgehende und nachstehende Pfandgläubiger, der Nießbrauchsberechtigte mit Ausnahme desjenigen, dessen Recht allen Pfandrechten vorgeht. Alle diese erwähnten Rechte gehen nämlich nach § 1242 BGB. durch die rechtmäßige Veräußerung unter.

Abweichend von den §§ 268, 1150 BGB. gibt § 1249 dem Besitzer kein Ablösungsrecht. Ein solches Recht des Besitzers würde auch, wie Planck[2]) richtig bemerkt, „dem Rechte zum Besitze, das dem Pfandgläubiger, im Gegensatze zum Hypothekengläubiger zusteht, widerstreiten".

Der maßgebende Zeitpunkt für die Geltendmachung des Ablösungsrechtes ist hier die Berechtigung des Schuldners zur Leistung. Dieser Zeitpunkt tritt, falls für die Leistung eine Zeit weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen ist, schon dann ein, wenn das Schuldverhältnis zwischen den Parteien entstanden ist (§ 271 BGB.). Der gefährdete Dritte kann so lange von seinem Ablösungsrechte Gebrauch machen, bis das zugrunde liegende dingliche Recht erloschen ist. Wir haben oben bei der Erörterung des § 268 BGB. gesehen, daß bei der Mobiliarexekution Rechte an dem Pfande nicht schon mit dem Zuschlage, sondern erst mit der Veräußerung, d. h. mit der Übergabe des Pfandes erlöschen. Es ist daher die Möglichkeit gegeben, daß ein Ablösungsberechtigter nach der Einleitung der Zwangsvollstreckung, insbesondere noch nach der Erteilung des Zuschlages sein Recht geltend machen kann. Erst mit der Übergabe der Pfandsache an den Ersteher ist ein derartiges Ablösungsrecht mangels Verlustgefahr ausgeschlossen.

---

[1]) Lueg S. 24, 25; Planck § 1249; Biermann, Kober, Neumann § 1249.

[2]) § 1249 Anm. 1a.

2. §§ 1143 und 1225 BGB.

a) § 1143.

Das Recht des Eigentümers eines Grundstückes, den Hypothekengläubiger zu befriedigen, folgt aus § 1142 BGB.

Wenn der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt, so geht gemäß § 1143 BGB. die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner auf ihn kraft Gesetzes über.

Der den Gläubiger Befriedigende muß zur Zeit der Befriedigung Eigentümer sein. Der gesetzliche Forderungsübergang, wie überhaupt die Anwendung des § 1143 ist ausgeschlossen, wenn der Befriedigende ein beliebiger Dritter ist, oder wenn der Käufer eines Grundstücks vor der Auflassung den Gläubiger befriedigt.[1]) Dagegen ist zur Anwendung des § 1143 BGB. nicht notwendig, wie mit Recht übereinstimmend in der Literatur[2]) angenommen wird, daß der Befriedigende bereits im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Es ist möglich, daß ein beliebiger Dritter als Stellvertreter des Grundstückseigentümers für diesen den Gläubiger befriedigt. Dann findet natürlich § 1143 BGB. Anwendung. Die Wirkungen der cessio legis treten dann aber nur für den Eigentümer, nicht für den Stellvertreter ein. Dieser von Planck § 1143 Anm. 2a erwähnte Fall enthält keine Besonderheiten, sondern zeigt nur, daß eine persönliche Tilgung durch den Eigentümer nicht notwendig, sondern eine Stellvertretung möglich und zulässig ist.

Eine weitere Voraussetzung für die Anwendung des § 1143 ist, daß der befriedigende Eigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner ist. Eigentümer und persönliche Schuldner müssen zwei verschiedene Personen sein. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Eigentümer für eine fremde Schuld an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt hat, oder, wenn die persönliche

---

[1]) Planck § 1143 Anm. 2a; Fuchs § 1143 S. 460 Anm. 2, 2c; Lueg S. 25.

[2]) Planck eodem; Fuchs S. 460 Anm. II, 2d; Biermann § 1143 Anm. 1a.

Schuld mit Einwilligung des Eigentümers von einem Dritten übernommen wird[1]) (vgl. § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB.).

Ist der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner, so erlischt mit der Zahlung die Forderung und die Hypothek wird zur Eigentumsgrundschuld[2]) (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 BGB.).

Wenn die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt (§ 1181 Abs. 1 BGB.), so ist zweifelhaft, ob diese Befriedigung als vom Eigentümer ausgehend zu betrachten ist. Über diese Frage sind die Meinungen in der Literatur geteilt. Fuchs S. 460 Anm. 2a; Planck § 1143 Anm. 2c; Biermann § 1181 Anm. 3; Neumann § 1143 Anm. 6, § 1181 Anm. III, 1 nehmen es an mit Rücksicht auf den in der 2. Lesung als berechtigt anerkannten Antrag, dem § 1188 Abs. 1 Entw. 2 (= § 1181 Abs. 1 BGB.) den Zusatz zu geben: „die Befriedigung gilt als durch den Eigentümer erfolgt." Es war der Redaktionskommission überlassen worden, „ob der Gedanke mit Rücksicht auf den entsprechenden Grundsatz beim Pfandrecht an beweglichen Sachen[3]) im Gesetz zum Ausdruck zu bringen sei". Den Zusatz hat die Redaktionskommission, wie Planck richtig sagt, als selbstverständlich angesehen und ihn deshalb nicht besonders ausgesprochen. „Eine der Ansicht der 2. Kommission entsprechende Auffassung dürfte mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar und durch das objektive Verhältnis, in welchem die Befriedigung aus dem Grundstücke zu dem Eigentümer desselben steht, gerechtfertigt sein."[4])

Ist in diesem Falle der Grundstückseigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so geht zwar die Forderung auf den Eigentümer über, während die Hypothek kraft positiver Bestimmung des § 1181 Abs. 1 BGB. erlischt.

Anderer Meinung sind Kober § 1181 Anm. 1b; Mittelstein, Hypothekenrecht S. 214 Anm. 1; Turnau-Förster § 1143 Anm. II, 2 S. 645. Kober nimmt an, § 1143 stelle sich

[1]) Planck § 1143 Anm. 2b; Lueg S. 25.
[2]) Fuchs S. 460 Anm. II, 2b; Lueg S. 25.
[3]) vgl. § 1247 BGB.
[4]) Planck § 1143 Anm. 2c.

als eine Vorschrift singulärer Natur dar, so daß eine Ausdehnung dieser Vorschrift ohne ausdrückliches Gestatten des Gesetzgebers verneint werden müsse. Ebenso Mittelstein. Übereinstimmend sind beide der Ansicht, der Eigentümer des subhastierten Grundstücks könne von dem Schuldner, falls nicht zwischen ihnen besondere obligatorische Beziehungen bestehen, nur die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Dies ist aber nicht richtig. Da, wie oben schon ausgeführt, die 2. Kommission als sachlich richtig anerkannte, daß der Eigentümer im Falle des § 1181 gemäß § 1143 die Forderung gegen den persönlichen Schuldner erwerbe, und lediglich der Redaktionskommission überlassen zu müssen glaubte, ob der Gedanke noch besonders zum Ausdruck zu bringen sei, so kann aus dem Schweigen des Gesetzes nur der Schluß zulässig sein, daß mit Rücksicht auf die entsprechende Bestimmung im Pfandrecht (§ 1247 BGB.) eine ausdrückliche Bestimmung nicht für notwendig erachtet wurde.

Der gesetzliche Übergang der Forderung vollzieht sich ohne Rücksicht auf das zwischen dem Eigentümer und dem persönlichen Schuldner bestehende Vertragsverhältnis, kraft dessen der Eigentümer zur Zahlung der Schuld verpflichtet war.[1]) Ein in der 2. Kommission gestellter Antrag, den Übergang der Forderung auszuschließen, wenn der Eigentümer oder ein Rechtsvorgänger dem Schuldner gegenüber zur Tragung der Schuld verpflichtet sei, wurde abgelehnt.[2]) Daraus, daß der gesetzliche Übergang der Forderung unbeschadet des zwischen dem Eigentümer und Schuldner bestehenden Kausalverhältnisses stattfindet, folgt, daß der Schuldner einredeweise das Regreßverlangen des Eigentümers entkräften und das Nichtbestehen des Regreßrechtes beweisen muß.[3])

b) § 1225 BGB.

Nach § 1223 Abs. 2 hat der Verpfänder einer beweglichen Sache schlechthin das Recht, den Pfandgläubiger zu befriedigen,

[1]) Planck § 1143 Anm. 2d; Fuchs S. 461 Anm. 3d; Best II § 12.
[2]) Prot. Bd. 3 S. 607 unter III Antrag 5.
[3]) Biermann § 1143 Abs. 1b.

sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Für die Leistungszeit ist § 271 maßgebend.

Befriedigt ein Verpfänder, der nicht der persönliche Schuldner (Drittverpfänder) ist, den Pfandgläubiger, so tritt zugunsten des Verpfänders ein gesetzlicher Übergang der Forderung ein. Mit der Forderung geht auch das Pfandrecht auf den Verpfänder über.

Ist der Verpfänder zugleich der Eigentümer der Pfandsache, so erlischt zwar in der Regel nach § 1256 Abs. 1 BGB. das Pfandrecht, die Forderung geht gleichwohl über (§ 1249 BGB.).

Treffen Verpfänder und Schuldner in einer Person zusammen, so erlischt mit der Forderung nach § 1252 BGB. auch das Pfandrecht (§§ 362, 1252).

B. Fälle, in denen der Dritte die Pflicht hat, den Gläubiger zu befriedigen (§§ 426, 774, 1607, 1709).

Wir kommen jetzt zu der zweiten Hauptgruppe, in denen sich an die Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten der gesetzliche Übergang die Forderung auf diesen vollzieht. Während in den unter A besprochenen Fällen der Dritte überall ein Recht zur Befriedigung des Gläubigers hatte, handelt es sich hier um Fälle, in denen der Dritte zur Leistung verpflichtet ist. Entweder ist der Dritte formell und materiell selbst der Schuldner (Gesamtschuldner) (§ 426), oder der Dritte zahlt zwar eine formell eigene, materiell aber eine fremde Schuld (Bürge) (§ 774), oder der Dritte gewährt an Stelle des zunächst Verpflichteten dem Unterhaltsberechtigten den Unterhalt (§§ 1607, 1709 BGB.).

1. § 426 Befriedigung durch den Gesamtschuldner.

Wenn dem Gläubiger als solchem eine Anzahl von Schuldnern gegenüber steht in der Art, daß jeder Schuldner die Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal zu fordern berechtigt ist, so spricht man von Gesamtschuldverhältnis. Der Gläubiger darf in einem solchen Falle

nach seinem Belieben von jedem der Schuldner die ganze Leistung fordern.

Inwieweit der in Anspruch genommene Schuldner von seinen Mitschuldnern Ersatz verlangen kann, richtet sich nach dem zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden Innenverhältnis. § 426 Abs. 1 bestimmt, daß die Gesamtschuldner, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, im Verhältnis zueinander zur Tragung gleicher Anteile verpflichtet sind. In manchen Fällen hat das Gesetz auch bestimmt, daß im Verhältnis zu den andern Gesamtschuldnern einer allein die Verbindlichkeit zu tragen habe (§ 840 Abs. 2 u. 3, 841, 1833 Abs. 2 BGB.). Soweit in diesem Falle der Alleinverpflichtete Zahlung leistet, kann er gegen die andern keinen Regreß nehmen.

Abgesehen von dieser gesetzlich geregelten Tragung der Schuld kann aber auch zwischen den Gesamtschuldnern eine Vereinbarung bestehen, kraft deren sie im Verhältnis zueinander die Schuld nach ungleichen Quoten auf sich zu nehmen verpflichtet sind. Die Verpflichtung zur Tragung eines Anteils der Schuld im Verhältnis der Gesamtschuldner untereinander wird Ausgleichungspflicht genannt.

Soweit nun ein nach § 426 Abs. 1 BGB. oder quotenweise ausgleichungsberechtigter Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt, geht kraft Gesetzes die Forderung des Gläubigers nach § 426 Abs. 2 auf ihn über und schafft ihm die Möglichkeit, von jedem Mitschuldner nach Verhältnis seiner Verpflichtung Ersatz zu verlangen. Es ist nach der m. E. richtigen Ansicht von Planck, Dernburg, Schollmeyer usw. auf die Ausgleichungspflicht ohne Einfluß, ob der eine Gesamtschuldner weniger als einen Anteil bezahlt.[1]) Sind z. B. A, B und C als Gesamtschuldner dem Gläubiger 1200 Mk. schuldig und zahlt davon A 300 Mk., so kann er bei einer Ausgleichspflicht zu gleichen Teilen von B und C Ersatz in Höhe von je 100 Mk. verlangen. Eine andere Meinung vertritt jedoch Oertmann,[2])

[1]) Planck § 426 Anm. 1; Schollmeyer Anm. 3b; Dernburg, Bürgerl. R. II § 163 Anm. 6; Lueg S. 12.

[2]) Oertmann § 426 Anm. 1; desgl. Enneccerus und Lehmann Bd. 1 § 236 II d.

der die von Planck usw. und im Text vertretene Ansicht als zu weit gehend und zu unpraktischen Resultaten führend bezeichnet. Dem ist aber nicht beizupflichten. Die Verpflichtung eines Gesamtschuldners zur Tilgung der Gesamtschuld besteht „bezüglich jedes kleinsten Teiles der Gesamtschuld.“[1]) Die von Oertmann vertretene Ansicht führt notwendigerweise zur Benachteiligung des in Anspruch genommenen Schuldners. Macht nämlich der Gläubiger weniger als die auf einen Gesamtschuldner fallende Quote geltend, so wäre nach Ansicht von Oertmann der in Anspruch Genommene außerstande, die Forderung anteilsweise auf die übrigen Gesamtschuldner abzuwälzen. Er müßte den geltend gemachten Teil der Forderung allein tragen, während die anderen Gesamtschuldner wenigstens hinsichtlich des auf sie entfallenden Betrages einen wirtschaftlichen Vorteil genießen würden. Eine solche Bevorzugung kann aber niemals in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben.

Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn fallende Betrag z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit nicht erlangt werden, so müssen die anderen Gesamtschuldner nach dem Verhältnis ihrer Ausgleichungspflicht den Ausfall decken. In dem oben erwähnten Beispiel könnte also A, falls von B die 100 Mk. nicht zu erlangen wären, von C außer den ursprünglich geltend gemachten 100 Mk. noch 50 Mk. verlangen, während A selbst die anderen 50 Mk. tragen müßte. Hat aber der regreßnehmende Gesamtschuldner den Ausfall selbst verschuldet, z. B. wenn er die Geltendmachung verzögert und der Mitschuldner inzwischen zahlungsunfähig geworden ist, so hat er den Ausfall billigerweise allein zu tragen.[2]) Denn es ist anzunehmen, daß die Gesamtschuldner einander für jede Fahrlässigkeit haften, „sofern sie eben in einem Rechtsverhältnis zueinander stehen, in dem das Handeln oder Nichthandeln des einen zum Vorteil oder Nachteil des andern ausschlagen kann, also jeder zugleich die

[1]) Schollmeyer § 426 Anm. 3b; Entsch. d. ROHG. Bd. 24 S. 99ff.

[2]) Planck § 426 Anm. 2; Oertmann Anm. 3; Dernburg II § 163 III 4; Kremer, Die Mitbürgschaft S. 180; Enneccerus und Lehmann I § 236 II, 3b; Staudinger-Kuhlenbeck II § 426 Anm. 4.

Geschäfte des andern führt und in dessen Vermögenssphäre eingreift."[1])

Der Ausgleichungsanspruch erleidet nicht dadurch eine Beeinträchtigung, daß die Befriedigung des Gläubigers durch Aufrechnung, Hinterlegung, oder Hingabe an Erfüllungsstatt erfolgt. § 422 BGB. stellt der Erfüllung die Erfüllungssurrogate als gleichberechtigt an die Seite. Bei einer Hingabe an Erfüllungsstatt ist aber nur der Wert des tatsächlich Aufgewendeten maßgebend. Der Wert des Aufgewendeten berechnet sich dadurch, inwieweit der Gläubiger durch Hingabe als befriedigt anzusehen ist. Hat der befriedigende Gesamtschuldner eine Hingabe an Erfüllungsstatt bewirkt, deren Wert die Gesamtschuld übersteigt, so sind die Mitschuldner doch nur bis zum Höchstbetrage der Gesamtschuld Ersatz zu leisten verpflichtet.[2]) Dieselben Gesichtspunkte müssen hinsichtlich eines entgeltlichen Erlasses oder Vergleiches Platz greifen. Ist zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner nur zugunsten des Letzteren persönlich ein Erlaßvertrag abgeschlossen, so wird dadurch nach der richtigen Ansicht die Ausgleichungspflicht des betreffenden Mitschuldners nicht beseitigt.[3]) .

Nur soweit eine Ausgleichspflicht der andern Gesamtschuldner besteht, ist nach § 426 Abs. 2 der gesetzliche Forderungsübergang an die Befriedigung des Gläubigers geknüpft. Der Befriedigende hat daher, wie sich aus der Fassung dieser Vorschrift ergibt, außer der von ihm erfolgten Befriedigung des Gläubigers noch das Bestehen einer Ausgleichungspflicht zu beweisen.

2. § 774 BGB. Zahlung durch den Bürgen.

Nach § 774 geht die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner, soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, kraft

---

[1]) Kremer S. 180 Anm. 3.

[2]) Kremer S. 177 Anm. 2; Lueg S. 13; Schollmeyer § 426 Anm. 3b.

[3]) Fischer und Henle § 423 Anm. 2; Planck § 426 Anm. 1; Schollmeyer a. a. O.

Gesetzes auf den Bürgen über. Durch diese im Anschluß an die moderne Gesetzgebung[1]) aufgestellte Vorschrift ist das beneficium actionum cedendarum des römischen Rechts beseitigt und an Stelle des dem Bürgen zustehenden obligatorischen Anspruchs auf Abtretung der Forderung eine cessio legis mit allen Vor- und Beirechten getreten. Ohne den gesetzlichen Forderungsübergang würde der Bürge bei der Regreßnahme auf das zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehende interne Verhältnis angewiesen sein.

Der gesetzliche Übergang der Forderung vollzieht sich mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen schlechthin; dabei ist es gleichgültig, ob der Bürge mit Wissen und Willen des Schuldners die Bürgschaft übernommen hat. Der Übergang der Forderung beruht eben auf cessio legis und ist unabhängig von dem zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner bestehenden Kausalverhältnis. Der Regreßanspruch des Bürgen kann gleichwohl eine Einschränkung erfahren durch die Bestimmung des § 774 Abs. 1 Satz 3, daß Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse unberührt bleiben.[2]) Wenn also z. B. der Bürge das dem Gläubiger Gezahlte als Gegenleistung für eine vom Hauptschuldner empfangene Leistung bewirkt hatte, so ist er bei der Regreßnahme gegen den Hauptschuldner einer solchen Einwendung auch dann ausgesetzt, wenn der Bürge seinen Anspruch nur auf die cessio legis stützt.

3. §§ 1607 und 1709 BGB. Gesetzlicher Übergang des Unterhaltsanspruches.

a) § 1607 BGB.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat bezüglich der Unterhaltspflicht den Grundsatz aufgestellt, daß die Deszendenten vor den Aszendenten des Bedürftigen, und im allgemeinen die näheren

[1]) ALR. I, 14 § 338; österr. allgem. BGB. § 1358, code civil Art. 2029 u. A.; vgl. Cohen S. 27 f.

[2]) Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 176.

vor den entfernteren Verwandten unterhaltspflichtig sind (§ 1606 BGB.).

Oft ist aber von dem zunächst Verpflichteten der Unterhalt nicht zu erlangen, z. B. weil er mittellos ist (§ 1603 BGB.), dann tritt der nächste Verwandte ein. Die Gewährung des Unterhalts erscheint dann als selbständige Verpflichtung des Leistenden und die Abwälzung gegen einen anderen Verwandten ist ausgeschlossen.

In vielen Fällen hat jedoch der an zweiter Stelle haftende Verwandte gemäß § 1607 Abs. 2 dem Berechtigten den Unterhalt zu gewähren. Das ist der Fall, wenn die Rechtsverfolgung gegen den zunächst verpflichteten Verwandten im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist. In diesen Fällen erscheint die Gewährung des Unterhalts durch den Zweitverpflichteten nicht als eine selbständige, sondern als subsidiäre Verpflichtung.

In Ausführung dieses Gedankens geht nach § 1607 Abs. 2 Satz 2 BGB. der Anspruch des Unterhaltsberechtigten gegen den zunächst verpflichteten Verwandten auf den unterhaltsgewährenden Verwandten über. Mangels einer solchen Bestimmung müßte der Verwandte seine Klage auf Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung oder dergleichen stützen.

Der gesetzliche Übergang des Unterhaltsanspruches findet nur statt, wenn ein Verwandter den Unterhalt gewährt. Soweit dagegen ein Dritter, der nicht Verwandter ist, den Unterhalt gewährt, kann er nur nach den allgemeinen Grundsätzen Ersatz verlangen, z. B. nach §§ 679, 683 BGB.

b) § 1709 Abs. 2 BGB.

Ähnlich wie § 1607 BGB. gibt § 1709 Abs. 2 der Mutter oder einem unterhaltspflichtigen mütterlichen Verwandten, soweit sie an Stelle des außerehelichen Erzeugers dem Kinde den Unterhalt gewähren, das Recht, den Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Erzeuger als Ersatzforderung geltend zu machen. Hier gilt nicht die im § 1607 Abs. 2 BGB. aufge-

stellte Beschränkung, daß der Erzeuger im Inlande nicht oder doch nur schwer belangbar ist. Vielmehr findet der gesetzliche Eintritt der Mutter oder des mütterlichen Verwandten auch dann statt, wenn sie aus freien Stücken Unterhalt gewähren, ohne daß der Vater vorher um Gewährung angegangen worden ist.[1])

Der gesetzliche Übergang des Unterhaltsanspruches ist hier unabhängig von der Leistungsfähigkeit des außerehelichen Erzeugers.

III. Der rechtliche Charakter des gesetzlichen Überganges der Forderung.

Sind in den einzelnen oben besprochenen Fällen die besonderen Voraussetzungen vorhanden, so geht, soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf den Dritten über. Wir haben es hier mit einem gesetzlichen Forderungsübergang zu tun, über dessen Wesen die Gelehrten des gemeinen Rechts viel miteinander gestritten haben.

Eine im gemeinen und preuß. Recht viel verbreitete Ansicht faßte den gesetzlichen Übergang der Forderung als Kauf bezw. als Zwangskauf auf. Und in der Tat hatte diese Auffassung manches für sich, da sie der juristischen Schwierigkeit des gesetzlichen Forderungsüberganges am einfachsten Herr wurde. Auch der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs scheint, wie sich aus den Motiven zu § 1081 Entw. 1[2]) ergibt, noch die Vorstellung eines Zwangskaufes gehabt zu haben. Es wird hier von der Erwerbung einer Forderung gesprochen und weiter ausgeführt: „das, was der Gläubiger erhält, ist nicht die dem Schuldner obliegende Leistung, sondern die Gegenleistung für die Abtretung."

Allein diese Stelle kann für das Wesen des gesetzlichen Forderungsüberganges deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil der erste Entwurf den gesetzlichen Forderungsübergang noch nicht kannte, sondern dafür die Verpflichtung des Gläubigers

[1]) Endemann Bd. 2 § 892.

[2]) Mot. S. 694.

statuiert hatte, gegen seine Befriedigung die Forderung dem Berechtigten abzutreten (beneficium actionum cendendarum). Erst der Entw. 2 (§ 1057) setzte an Stelle der Verpflichtung zur Abtretung den gesetzlichen Forderungsübergang. Damit sind auch notwendigerweise die Erwägungen der Motive und die Auffassung des gesetzlichen Forderungsüberganges als Kauf- bezw. Zwangskauf hinfällig geworden. Es findet sich in der Literatur im Bürgerlichen Gesetzbuch nur noch bei Böhm § 1150 BGB. Anm. 1 D die gemeinrechtliche Auffassung, die den gesetzlichen Übergang als Kauf konstruierte. Anscheinend ist Böhm zu seiner Ansicht durch die oben erwähnten Auslassungen der Motive gekommen.

Zunächst spricht der Wortlaut der einzelnen Paragraphen, die für das Eintrittsrecht in Frage kommen, gegen die Auffassung eines Kaufes. Die in allen Fällen ständig wiederkehrende Wendung „soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt", kann nichts anderes sagen wollen als: durch die Leistung des Dritten wird die Schuld des Schuldners getilgt. Dann erscheint das Hingegebene als eine dem Schuldner obliegende Leistung, die nur von einer anderen Person dargeboten wird. Nähme man jedoch an, daß der Dritte dem Gläubiger die Forderung gegen den Schuldner abkaufen wollte, so wäre die Leistung des Dritten eher als Erfüllung seiner eigenen Käuferpflichten, nicht dagegen als Tilgung der Verbindlichkeit des Schuldners anzunehmen.[1])

Wenn man einen Kauf als Grundlage des Eintrittsrechtes des Dritten annehmen wollte, so müßte der Gläubiger als der Verkäufer der Forderung auch die einem Verkäufer obliegenden Pflichten übernehmen. Dazu gehört in erster Linie nach § 437 BGB. die Haftung der Verkäufers für Verität der Forderung. Es ist aber nirgend ein Anhalt vorhanden, daß der Gesetzgeber diese Haftung in den Fällen des gesetzlichen Eintrittsrechtes dem Gläubiger hat aufbürden wollen. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Die Bestimmung, daß in den Subrogationsfällen die Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden darf, läßt erkennen, daß eine Haftung des Gläubigers

[1]) So auch Stolzenberg S. 77, ähnlich Weißbart S. 47.

für Verität der Forderung nicht besteht.[1]) Mithin kann man sich den Übergang der Forderung auch nicht durch Kauf vermittelt denken.

Aber noch andere Bedenken sprechen gegen die Annahme eines Kaufes. Weißbart S. 47 und mit ihm Stolzenberg S. 78 und Lueg S. 9 weisen mit Recht darauf hin, daß im Falle der Kauffiktion man zu der unhaltbaren Konsequenz käme, der ausgleichungsberechtigte Gesamtschuldner kaufe die Forderung, die sich ja auch gegen ihn selbst richtet, dem Gläubiger ab. Dagegen paßt m. E. die von den Angeführten auch für den zahlenden Bürgen gezogene Konsequenz nicht. Befriedigt nämlich der Bürge den Gläubiger, so ist mit der Befriedigung seine Verpflichtung gegen den Gläubiger erloschen. Mag daher der Bürge vorher formell auch Schuldner gewesen sein, jedenfalls ist er es mit dem Erlöschen der Forderung, für die er haftete, nicht mehr. Der Bürge könnte zwar die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner kaufen. Durch einen derartigen Erwerb der Forderung würde jedoch die Bürgschaft erlöschen, so daß es sich von dem Augenblicke des Erwerbes der Forderung ab nicht mehr um eine gegen den Bürgen gerichtete Forderung, sondern lediglich um eine gegen den Hauptschuldner gerichtete Forderung handeln würde. Der Kauf der Bürgschaftsforderung seitens des Bürgen selbst ist eine rechtliche Unmöglichkeit.

Dagegen ist das von Stammler S. 203 und Stolzenberg S. 78 angeführte Argument aus den §§ 1607 und 1709 BGB. durchgreifend. Hier einen Kauf der Alimentenforderung von dem Unterhaltsberechtigten anzunehmen, würde mit den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches unvereinbar sein. Eine Abtretung von Alimentenforderungen ist nach § 400 BGB., da solche nach § 850 Abs. 2 ZPO. unpfändbar sind, nichtig. Man wird sich daher den Übergang des Alimentenanspruchs auf den zahlreichen Dritten nicht durch einen Verkauf, sondern nur im Wege eines vom Gesetze ausnahmsweise zugelassenen Überganges vermittelt denken.

[1]) Weißbart S. 49; Stolzenberg S. 77, 78; Lueg S. 9; Oßwald S. 50.

In den meisten Fällen ist es nicht die Hauptabsicht des Eintrittsberechtigten, die Forderung gegen den Schuldner zu erwerben. In den Fällen des Ablösungsrechts (§§ 268, 1150, 1249 BGB.) ist das Bestreben des Dritten, sein gefährdetes Recht bezw. seinen Besitz vor dem Untergange zu retten. Ebenso will der nicht persönlich haftende Grundstückseigentümer (§ 1225 BGB.) das Grundstück bezw. die Pfandsache vor der Zwangsvollstreckung bewahren. Die Befriedigung geschieht dann vornehmlich in der eben angedeuteten Absicht, nicht aber in der Absicht, die Forderung zu erwerben. Der Übergang der Forderung wird vom Gesetze nur deshalb statuiert, um dem Befriedigenden zur Bestärkung seines Regresses eine möglichst einfache Handhabe zu bieten.

Demnach charakterisiert sich der gesetzliche Forderungsübergang in den Subrogationsfällen nicht als Kauf, vielmehr ist der gesetzliche Übergang „nur ein kurzer Ausdruck dafür, um gesetzliche Ersatzansprüche sowohl in ihrem Inhalte als in ihrer möglichen Durchsetzung mit einem Worte zu kennzeichnen".[1]) Dieser von Stammler vertretenen Ansicht haben sich Dernburg,[2]) Enneccerus und Lehmann,[3]) Matthiaß,[4]) Schollmeyer,[5]) Weißbart,[6]) Stolzenberg[7]) u. andere[8]) angeschlossen, so daß bei der großen Anzahl von Anhängern diese Ansicht als die herrschende bezeichnet werden darf.

Nach Stammler stellt sich der Eintritt des Dritten in die Rechte des befriedigten Gläubigers als Sondernachfolge dar und bedeutet: „Untergang des Rechtes bei dem seither Berechtigten und Entstehen eines Rechts mit ganz gleichem Inhalt bei dem neuen Berechtigten." Man darf sich nicht verhehlen, daß die juristische Schwierigkeit durch diese Erklärung nur

---

[1]) Stammler S. 203.
[2]) II. S. 327 unter IV.
[3]) I § 226 unter 2.
[4]) I. S. 459 unter II B.
[5]) § 268 Anm. 4.
[6]) S. 48.
[7]) S. 80.
[8]) Lueg S. 10; Decker S. 67; Michelsen S. 41; Roth S. 44.

mittels einer Fiktion gelöst wird. Gleichwohl ist dieser Erklärung vor allen anderen der Vorzug zu geben, da hierdurch der Übergang der Forderung am besten veranschaulicht wird.

Mittels dieser Fiktion scheint zwar, wie Oßwald S. 52 sich ausdrückt, der Knoten eher durchhauen als gelöst zu sein. Es ist aber unmöglich, ohne Annahme einer Fiktion den Vorgang des gesetzlichen Forderungsüberganges zu erklären und vor allen Dingen anschaulich zu machen.

Wenn Oßwald a. a. O. aber glaubt, ohne Annahme einer Fiktion den Vorgang des gesetzlichen Forderungsüberganges erklärt zu haben, so erweist sich diese Behauptung bei näherer Betrachtung seiner Ausführungen als durchaus irrig.

Oßwald S. 53, 54 nimmt an, daß die Zahlung nicht unbedingt das Erlöschen der Obligation zur Folge haben müsse. Es gäbe auch eine „Relativität der Zahlung". Die Bewirkung der geschuldeten Leistung durch den Dritten beseitigt nur die subjektive Forderung des Gläubigers, während die der Verpflichtung des Schuldners entsprechende objektive Berechtigung von der Person des Gläubigers sich loslöse und sich an die Person des erfüllenden Dritten knüpfe. Es bleibe daher die objektive Verbindlichkeit unberührt, sie erhalte nur einen anderen aktiven Träger in der Person des den ursprünglichen Gläubiger befriedigenden Dritten. Diesen Ausführungen entsprechend will Oßwald den § 362 BGB. folgendermaßen interpretieren: „Das Schuldverhältnis (d. h. die daraus entspringende subjektive Berechtigung einer Person) erlischt — während unter Umständen das objektive Schuldverhältnis und die daraus entstehende Berechtigung zugunsten des an den Gläubiger leistenden Dritten bestehen bleiben kann —, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird."[1])

Es ist nicht zu leugnen, daß eine solche Interpretation einer Fiktion sehr nahe kommt. Eine Zerlegung des Schuldverhältnisses in ein subjektives und objektives Schuldverhältnis ist willkürlich und im Gesetze nicht begründet. Sodann aber spricht der klare Wortlaut des § 362 BGB. gegen die Interpretation von

---

[1]) Oßwald S. 54.

Oßwald. Nach dem Wortlaute: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird", ist nur die eine Auslegung möglich, daß mit der Erfüllung, gleichgültig, ob dieselbe von dem Schuldner selbst oder durch einen Dritten bewirkt wird, das Ende des Schuldverhältnisses eintritt. Wenn man aber trotz Bewirkung der geschuldeten Leistung das Fortbestehen der Obligation annimmt, so muß man schon das Fortbestehen fingieren. Da hat doch die von Stammler vertretene Ansicht den Vorzug, da sie ohne der gesetzlichen Bestimmung des § 362 BGB. Zwang anzutun, in Übereinstimmung mit dieser Vorschrift das Erlöschen des zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehenden Schuldverhältnisses und das Entstehen eines Rechtes mit gleichem Inhalt als Ersatzforderung in der Hand des befriedigenden Dritten annimmt. Nur muß man sich dabei stets klar sein, daß die „neu entstandene Forderung" als die alte „übergegangene Forderung" zu betrachten ist und demgemäß auch mit deren Eigenschaften übergeht.

Planck[1]) hält die Konstruktion Stammlers, daß die alte Forderung untergehe mit dem Wortlaute: „Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über" — nicht vereinbar und für gekünstelt, indem er weiter ausführt, die Befriedigung des Gläubigers durch den Dritten sei nicht als Erfüllung anzusehen und die alte Forderung gehe nicht unter.[2])

Planck legt dabei den Hauptwert auf den zweiten Halbsatz (geht die Forderung auf ihn über) und deduziert, eine Forderung kann nur übergehen, wenn sie nicht untergegangen ist. Dadurch, daß er sein Augenmerk nur auf den zweiten Halbsatz richtet, läßt er außer acht, daß der erste Halbsatz (soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt) die Befriedigung des Gläubigers voraussetzt, d. h. die Bewirkung der geschuldeten Leistung mit der unbedingten Folge des Erlöschens der Obligation. Planck fingiert das Nichterlöschen des Schuldverhältnisses, Stammler den Übergang der erloschenen Forderung. M. E. verdient Stammlers

---

[1]) § 268 Anm. 6, vgl. auch §§ 362 f.
[2]) Wie Oßwald.

Ansicht aber den Vorzug, weil sie den ganzen Vorgang am deutlichsten zur Anschauung bringt.

IV. Muß der Eintrittsberechtigte einen besonderen animus haben und welchen?

Ein Dritter, der auf die Forderung eines anderen eine Zahlung leistet, kann dieses unter verschiedenen Gesichtspunkten tun. So kann er z. B. die Forderung gegen den Schuldner dem Gläubiger abkaufen, dann handelt er emendi animo. Dasjenige, was er dem Gläubiger in diesem Falle hingibt, ist dann als Kaufpreis anzusehen. Der Dritte würde dann die Leistung als die ihm obliegende Verpflichtung als Käufer bewirken. Der Dritte kann aber auch solvendi animo leisten; dann hat er die Absicht, den Schuldner von der Forderung des Gläubigers zu befreien.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß in den Fällen des Eintrittsrechtes der Dritte dem Gläubiger emendi animo die Leistung hingibt, dann würden sich für den Gläubiger und den Dritten alle aus einem Kaufvertrage resultierenden Pflichten ergeben. Insbesondere würde eine Zahlung emendi davon abhängig sein, daß Gläubiger und Dritter ihren Willen auf den Abschluß eines Kaufvertrages richten § 433 BGB. Der Übergang der Forderung auf den Dritten würde sich dann nicht als gesetzlicher, sondern als vertragsmäßiger Übergang nach § 398 BGB. vollziehen. In diesem Falle würde der Gläubiger dem Dritten gemäß § 437 BGB. für Verität der Forderung haften, während beim Legalübergang der Gläubiger dem Eintrittsberechtigten weder für Verität noch für Bonität haftet.[1])

Gesetzt den Fall, der Dritte zahlt emendi animo in der irrtümlichen Annahme, auch der Wille des Gläubigers sei auf den Verkauf der Forderung gerichtet, so kann eine cessio legis nicht stattfinden. Der Dritte könnte das Rechtsgeschäft wegen Irrtums nach § 119 BGB. anfechten.

---

[1]) Auf die Haftung des Gläubigers ist unten näher einzugehen.

Wie oben schon dargetan ist, wird im Falle des Eintrittsrechtes ein Übergang der Forderung durch Kauf nicht angenommen, d. h. mit anderen Worten, es wird nicht vermutet, daß der Dritte seine Leistung emendi animo an den Gläubiger bewirkt. Es scheint vielmehr in allen Fällen als das natürlichste, daß der Dritte animo solvendi zahlt, d. h. mit der Absicht, die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner zum Erlöschen zu bringen. Für diese Annahme spricht zunächst der Wortlaut. In allen Paragraphen, in welchen das Eintrittsrecht behandelt wird, wird die ständige Wendung gebraucht: „soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt".[1]) Wenn aber der Dritte den Willen hat, den Gläubiger zu befriedigen, so heißt das nichts anderes, er will die dem Schuldner obliegende Leistung bewirken und damit das Schuldverhältnis tilgen.[2]) Es ist demnach klar, daß die alte Forderung tatsächlich erloschen ist, und zwar infolge des animus solvendi.

Der animus solvendi genügt aber regelmäßig nicht allein, um für den zahlenden Dritten eine Ersatzforderung zu begründen, sondern er muß außerdem noch den animus recipiendi haben, d. h. die Absicht, vom Schuldner Ersatz zu verlangen und sich an ihm schadlos zu halten. Dieses Erfordernis gibt der gesetzlich übergegangenen Forderung erst den nötigen Rückhalt als Ersatzforderung. Dabei muß man sich wohl vor Augen halten, daß gesetzlicher Übergang der Forderung und Bestehen eines Ersatzanspruches begrifflich zwei ganz verschiedene Dinge sind. In den Subrogationsfällen findet die cessio legis der Forderung immer statt, wenn der Dritte mit animus solvendi zahlt. Eine Ausnahme besteht nur für den Gesamtschuldner. Nach § 426 Abs. 2 BGB. muß bei ihm zu dem animus solvendi noch das Recht kommen, von den übrigen Mitschuldnern Ersatz zu verlangen. Ist daher ein solches Ausgleichungsrecht nicht vorhanden, so wird dadurch der gesetzliche Übergang der Forderung

[1]) In den §§ 1607, 1709 BGB. heißt es: „soweit . . . Unterhalt gewährt". Dieses ist aber nichts besonderes.

[2]) vgl. Oertmann, Zahlung fremder Schulden. im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 82 S. 379: „Zum Zahlen einer fremden Schuld gehört der animus solvendi: wer animo emendi das Geld hergibt, der bezahlt weniger die Schuld, als nur den Gläubiger."

trotz des animus solvendi, den der zahlende Gesamtschuldner wohl immer haben wird, gehindert. Daran wird auch nichts geändert, wenn der zahlende Gesamtschuldner pflichtwidrigerweise sich ein Ausgleichungsrecht anmaßt und animo recipiendi zahlt. Ein Übergang kann in diesem Falle trotzdem nicht stattfinden.

Eine andere Frage ist aber die, ob dem zahlenden Dritten eine Ersatzforderung zusteht. Die Ersatzforderung ist abhängig davon, wie oben schon erwähnt, ob der Dritte mit animus recipiendi zahlt. Das Fehlen des animus recipiendi kann sich oft sogar als eine Pflicht des zahlenden Dritten darstellen. Es kann sich z. B. aus dem zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnis für ihn die Verpflichtung ergeben, den Gläubiger zu befriedigen und eine Ersatzforderung nicht geltend zu machen. Eine cessio legis wird trotz dieser Verpflichtung stattfinden, nur ist ein Ersatzanspruch nicht vorhanden. Wenn daher der Dritte im vorerwähnten Falle pflichtwidrigerweise mit animus recipiendi zahlt, so muß ein Übergang der Forderung zwar angenommen werden, jedoch steht es dem Schuldner frei, der übergegangenen Forderung eine Einwendung entgegenzusetzen, welche ihr die Kraft einer Ersatzforderung raubt. Diese von Schollmeyer[1]) für das preuß. Recht vertretene, für das Bürgerliche Gesetzbuch von Weißbart[2]) und Lueg[3]) aufgenommene Ansicht dürfte die richtigste sein.[4]) Dagegen ist die von Stolzenberg S. 86 vertretene Ansicht zu verwerfen. Es ist nicht richtig, wenn Stolzenberg behauptet, ein Übergang kraft cessio legis finde bei unterliegendem Kausalgeschäft zwischen dem Dritten und dem Schuldner nur insoweit statt, als der Dritte vom Schuldner Ersatz verlangen könne. Vielmehr findet der Übergang der Forderung immer statt ohne Rücksicht auf das Kausalverhältnis. Einen Anhalt für diese Behauptung bieten die Protokolle der zweiten Kommission bei Beratung des jetzigen

[1]) Der gesetzliche Eintritt . . . S. 45.
[2]) S. 50f.
[3]) S. 27.
[4]) vgl. auch Planck § 1143 Anm. 2d; Fuchs § 1143 S. 461 Anm. 3d; Biermann § 1143 Anm. 1b; Best § 12.

§ 1143 BGB.[1]) Es war in der zweiten Kommission nämlich der Antrag gestellt, den Erwerb der Forderung seitens des Befriedigenden nicht persönlich haftenden Grundstückseigentümers dann auszuschließen, wenn er oder ein Schuldner gegenüber verpflichtet war, die Schuld zu tragen. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt. Hieraus folgt, daß das Bestehen des Regreßrechts gegen den Schuldner nicht die Voraussetzung für den gesetzlichen Forderungsübergang bildet, sondern daß der Übergang der Forderung ohne Rücksicht auf das Kausalverhältnis stattfindet. Was für diesen Fall (§ 1143 BGB.) gilt, muß allgemein für jeden Subrogationsfall gelten. Es braucht daher der zahlende Dritte auch nicht etwa das Bestehen eines Regreßrechts zu beweisen.[2]) Dem Schuldner bleibt jedoch unbenommen, durch Einwendungen aus dem Kausalverhältnis der übergegangenen Forderung die Kraft als Ersatzforderung zu rauben. Ohne die Vorbringung von Einwendungen wird aber der Schuldner zur Zahlung der Ersatzforderung an den Dritten verurteilt.

Ein Übergang der Forderung findet nicht statt, wenn der Dritte zwar solvendi animo an den Gläubiger, aber donandi animo dem Schuldner gegenüber, d. h. in der Absicht, letzteren zu beschenken, die Leistung bewirkt. Dem Dritten wider seinen Willen eine Ersatzforderung aufdrängen zu wollen, kann nicht als Wille des Gesetzgebers angenommen werden.

V. Der Übergang der Forderung.

Hat die Befriedigung des Gläubigers in den Subrogationsfällen mit animus solvendi et recipiendi stattgefunden, so geht in allen Fällen die Forderung kraft Gesetzes als Ersatzforderung auf den Dritten über. Auf diesen gesetzlichen Forderungsübergang finden nach § 412 BGB. die Vorschriften über die vertragsmäßige Abtretung einer Forderung, und zwar die §§ 399—404, 406—410 BGB. entsprechende Anwendung.

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 607 unter III.

[2]) Mit Ausnahme des § 425 Abs. 2 BGB. der Gesamtschuldner.

Demnach ist der Übergang der Forderung kraft Gesetzes in den Fällen ausgeschlossen, in welchem auch eine vertragliche Zession den Übergang der Forderung nicht bewirken kann, das ist, wenn der Inhalt der Leistungspflicht durch Übergang auf einen anderen eine Änderung erfahren würde, oder die Abtretung durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen ist (§ 399 BGB). Würde man den Grundsatz des des § 399 BGB. auf die §§ 1607, 1709 BGB. anwenden, so wäre an sich der Übergang der Alimentenforderung ausgeschlossen, da mit dem Übergange einer Alimentenforderung auf einen anderen im allgemeinen eine Änderung verknüpft ist. Die §§ 1607 u. 1709 BGB. setzen jedoch ausdrücklich den gesetzlichen Übergang des Unterhaltsanspruches fest, so daß der § 399 BGB. für diese Fälle gegenstandslos ist.[1]) Soweit der Unterhalt in Geld geleistet wird, was nach den §§ 1612, 1710 BGB. das Regelmäßige ist, würde dem Übergange auch aus allgemeinen Gesichtspunkten keine Bedenken entgegenstehen; denn durch den Übergang ist der Inhalt der Forderung nicht geändert. Soweit aber der Unterhalt in natura geleistet wird (vgl. § 1612 BGB.), geht kraft positiver Bestimmung des § 1607 der Unterhaltsanspruch, d. h. der Anspruch auf Ersatz des Wertes des Geleisteten, auf den Dritten über.

Ausgeschlossen ist ferner der gesetzliche Übergang einer nach den Vorschriften der §§ 850—852 ZPO. unpfändbaren Forderung (§ 400 BGB.).

Eine wichtige Bestimmung ist der mit dem gesetzlichen Forderungsübergang verknüpfte Übergang der Nebenrechte, und zwar der Hypotheken, Pfand- und Bürgschaftsrechte (§ 401 Abs. 1 BGB.). Ist die Forderung durch Hypothek oder Pfandrecht gesichert, so geht mit der Forderung notwendigerweise nach §§ 1153, 1250 BGB. die Hypothek bezw. das Pfandrecht auf den Eingetretenen über. Würde durch Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Eingetretenen etwa der Übergang der Hypothek ausgeschlossen, so wäre diese Vereinbarung nichtig, denn nach § 1153 Abs. 2 BGB. kann die Forderung nicht ohne

---

[1]) Planck zu § 1607 Anm. 5.

die Hypothek übergehen. Würde bei einer durch Pfandrecht gesicherten Forderung vertragsgemäß der Übergang des Pfandrechts ausgeschlossen, was an sich wohl möglich wäre, so erlischt nach § 1250 Abs. 2 BGB. das Pfandrecht.

Aus der namentlichen Aufzählung der Nebenrechte im § 401 darf man nicht ohne weiteres schließen, daß der Übergang anderer zur Verstärkung der Forderung dienender Nebenrechte, z. B. einer Vormerkung, ausgeschlossen sein solle.[2]) Der Entw. 1 § 297 ließ ganz allgemein „die zur Verstärkung der Forderung dienenden Nebenrechte" mit übergehen.[3]) Wenn § 401 BGB. diese allgemeine Fassung nicht hat, so erklärt es sich daraus, daß sie lediglich aus formellen Gründen gestrichen ist.

Es ist daher Auslegungsfrage, welche anderen Nebenrechte mit übergehen sollen. Das gilt hauptsächlich für Früchte, Zinsen, Vertragsstrafen und dergl. Das Gesetz enthält sich absichtlich, wie aus den Mot. II S. 125 hervorgeht, einer ausdrücklichen Regelung: „der Entwurf enthält sich auch einer Bestimmung in Ansehung der in der Wissenschaft nicht einmütig beantworteten Frage, ob mit der Übertragung der Forderung auch der Anspruch auf Früchte, Zinsen und Strafen auf den neuen Gläubiger ohne weiteres übergehe. Es ist Sache der Auslegung in jedem einzelnen Falle, wie es sich mit dem Übergang solcher Rechte verhält. Besondere Auslegungsregeln wären bedenklich."

Hinsichtlich der Vertragsstrafen und Zinsen, die nach dem Übergange der Forderung fällig werden, kann es nicht zweifelhaft sein, daß sie auf den Eintrittsberechtigten übergehen; denn der bisherige Gläubiger scheidet nach dem Übergange der Forderung aus. Der Übergang der bereits vor dem Übergange der Forderung fällig gewordenen Zinsen und verwirkten Vertragsstrafen[1]) bedürfte der ausdrücklichen Vereinbarung. Das gilt in gleicher Weise für Vertragszinsen, als auch für gesetzliche Zinsen z. B. Verzugszinsen.

---

[1]) Planck § 401 Anm. 1; Neumann § 401 Anm. 1; Schollmeyer § 401 Anm. 1.

[2]) Mot. II S. 674.

[3]) Ebenso Staudinger § 401 Anm. 2; A. M. Fischer u. Henle § 401 Anm. 3; Planck § 401 Anm. 1.

Enneccerus und Lehmann Bd. 1 § 223 II Nr. 3 machen einen Unterschied[1]) und verneinen im Zweifel zwar den Übergang der bereits verfallenen Vertragszinsen, lassen dagegen die bereits verfallenen gesetzlichen Zinsen, z. B. Verzugszinsen im Zweifel mit übergehen, weil letztere, wirtschaftlich betrachtet, mit der Forderung ein Ganzes bilden. Das ist aber m. E. nicht richtig.[2]) Die Verzugszinsen sollen dem Gläubiger die Nachteile ersetzen, die er durch die verspätete Leistung des Schuldners erlitten hat. Diese Nachteile erleidet aber nur der Gläubiger, wenn die Verzugszinsen zu einer Zeit fällig werden, in welcher sich die Forderung noch in der Hand des Gläubigers befindet, nicht dagegen der eingetretene Dritte. Deshalb gebührt im Zweifel auch nur dem Gläubiger das Äquivalent, das sind die Verzugszinsen, für diese Nachteile. Da aber Zinsen, auch Vertragszinsen, als besondere Ansprüche losgelöst von der Hauptforderung bestehen können,[3]) so ist es möglich, daß die Hauptforderung auf den Dritten übergeht, während der Anspruch auf die bis zum Übergange der Forderung verfallenen Verzugszinsen bei dem Gläubiger verbleibt. Nur wenn der Eintrittsberechtigte die Forderung nebst den Verzugszinsen an den Gläubiger gezahlt hat, ist natürlich auch der Übergang der Verzugszinsen anzunehmen.

Nach § 401 Abs. 2 BGB. gehen auch die mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenen Vorzugsrechte kraft Gesetzes über. Diese Vorzugsrechte müssen aber mit der Forderung verknüpft sein, sie müssen „gewissermaßen eine Eigenschaft der Forderung sein".[4]) Stehen sie dem Gläubiger lediglich persönlich zu, so gehen sie nicht mit über,[5]) z. B. das Armenrecht bei Geltendmachung einer Forderung oder Kostenfreiheit des Fiskus.

Die Frage, ob ein dem Eintrittsberechtigten persönlich zustehendes Zwangsvollstreckungs- oder Konkursprivilegium auch

---

[1]) Ebenso Planck § 401 Anm. 1.
[2]) Wie hier anscheinend auch Staudinger § 401 Anm. 3.
[3]) Enneccerus und Lehmann I § 156 II, 2c.
[4]) Schollmeyer § 401 Anm. 3.
[5]) Dernburg II § 138 IVb.

hinsichtlich der auf ihn kraft Gesetzes übergegangenen Forderung zusteht, wird bejaht von Oertmann § 401 Anm. 3, Martinus[1]) und Rehbein.[2]) Dagegen erklären sich Schollmeyer § 401 Anm. 4 und Planck § 401 Anm. 2, und zwar m. E. mit Recht. Der Eingetretene macht zwar, wie die Gegner ins Feld führen, die übergegangene Forderung als eigene geltend, indessen darf nicht außer acht gelassen werden, daß durch die Bestimmung des gesetzlichen Überganges die Lage des Schuldners nicht verschlechtert werden soll. Dieses würde aber zweifellos der Fall sein, wenn ein dem Eintrittsberechtigten persönlich zustehendes Privilegium auch für die übergegangene Forderung Geltung hätte. Zu bemerken ist dabei noch, daß weder die Zivilprozeßordnung, Zivilverordnungsgesetz noch die Konkursordnung rein persönliche, ohne Rücksicht auf die Eigenart der betreffenden Forderung zustehende Privilegien kennt.[3]) Gäbe es solche, so würde der Eingetretene sich solcher Vorrechte mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht bedienen können.

Nach § 402 BGB. hat der Gläubiger die Verpflichtung, dem Eingetretenen „die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern", so z. B. den Hypothekenbrief beim Übergange einer durch Hypothek gesicherten Forderung.

Weiter ist der Gläubiger verpflichtet, dem Eingetretenen auf Verlangen gemäß § 403 BGB. eine öffentlich beglaubigte Anerkennungsurkunde auszustellen, daß die Forderung auf den Dritten übergegangen sei.[4]) Die Kosten für eine solche Beurkundung hat der Eingetretene zu tragen und vorzuschießen. Eine Ausnahme besteht bei dem Übergange einer Hypothek. Nach § 1154 Abs. 1 Satz 2 BGB. muß der bisherige Gläubiger auf seine Kosten eine beglaubigte Abtretungserklärung ausstellen. Von Wichtigkeit ist eine Anerkennungsurkunde bezüglich des Überganges der Forderung, weil nach § 410 BGB. der Schuldner

[1]) Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 64.
[2]) Komm. II zu §§ 398—413 Anm. 20; ebenso auch Oßwald S. 57.
[3]) Schollmeyer § 401 Anm. 4; Planck Anm. 2.
[4]) § 403 im Vergleich mit § 408 Abs. 2 BGB.

dem Dritten nur gegen Aushändigung dieser Urkunde zu leisten verpflichtet ist. Eine solche Urkunde hat der Dritte auch dann unter Umständen nötig, wenn er dem Schuldner eine Mahnung oder Kündigung zugehen lassen will. Eine Mahnung oder Kündigung ist nämlich unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer Anerkenntnisurkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Nur für den Fall, daß der bisherige Gläubiger dem Schuldner schriftlich von dem Forderungsübergange Anzeige gemacht hat, kann der Schuldner eine Kündigung oder Mahnung des Eingetretenen nicht als unwirksam zurückweisen (§ 410 Abs. 2 BGB.).

Nach § 404 BGB. kann sich der Schuldner dem Eingetretenen gegenüber aller Einwendungen bedienen, die z. Zt. des Überganges gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Hierunter sind aber nicht nur diejenigen Einwendungen zu verstehen, die z. Zt. des Überganges dem Gläubiger entgegengesetzt werden konnten, z. B. daß gezahlt sei, sondern auch diejenigen, „für welche zur Zeit der Abtretung [1]) schon der Grund gelegt war, derart, daß die Entstehung der Einwendungen sich als Folge der damaligen Beschaffenheit des Schuldverhältnisses herausstellt, sollten sie auch erst nach der Zession als fertige, benützbare vorliegen.“ [2]) Hierzu gehört auch z. B. die Einrede der Verjährung, auch wenn letztere erst nach dem Übergange der Forderung vollendet ist.

Im Anschluß hieran muß die Streitfrage berührt werden, ob durch den Übergang kraft Gesetzes eine neue Verjährung anhebe. Das ist m. E. zu verneinen.[3]) Wenn auch die alte Forderung, wie wir oben gesehen haben, untergegangen ist, so ist sie doch in der Hand des neuen Gläubigers nicht neu entstanden, sondern gilt als die alte, die „übergegangene“ Forderung. Die Forderung geht aber nicht nur mit den Vorzügen, sondern

---

[1]) Hier: des Überganges kraft Gesetzes.

[2]) Schollmeyer § 404 Anm. 1; Fischer u. Henle § 474 Anm. 1.

[3]) Gleicher Ansicht Fischer u. Henle § 774 Anm. 1; Mantey in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 553; Oßwald S. 60; Roth S. 56; Planck § 774 Anm. 2c; a. M. für das preuß. R. Dernburg II § 245b; ebenso Joseph in Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 7.

auch mit den ihr anhaftenden Mängeln auf den neuen Gläubiger über. Den Keim der Verjährung trägt die Forderung schon von Anbeginn der Entstehung in sich. Die Entwicklung der Verjährung wird durch den gesetzlichen Übergang der Forderung nicht etwa gehemmt oder unterbrochen, sondern geht der Vollendung in gleicher Weise entgegen, als wenn sie in der Hand des alten Gläubigers verblieben wäre. Das Gesetz legt einem gesetzlichen Forderungsübergange ebensowenig wie der freiwilligen Abtretung der Forderung die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung bei. Man wird daher annehmen müssen, „daß die während der Berechtigung des früheren Gläubigers verflossene Zeit auch dem neuen Gläubiger entgegengehalten werden kann, es liegt hier also gewissermaßen eine accessio temporis passiver Art vor“.[1])

Die dem Gläubiger höchst persönlich entgegenstehenden Einwendungen, die sogen. exceptiones in personam können, wie Schollmeyer § 403 Anm. 3 mit Recht hervorhebt, von dem Schuldner dem Eingetretenen gegenüber nicht angewandt werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt zwar solche durch Gesetz begründete Einwendungen nicht, sie könnten sich aber durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ergeben. Sie gehen aber mit dem Übergange der Forderung regelmäßig unter.[2]) Sollten sich aus anderen Gesetzen solche exceptiones in personam ergeben, so wäre aus diesen Gesetzen zu interpretieren, ob sie bestehen bleiben oder untergehen.

Durch den Übergang kraft Gesetzes wird die Forderung ganz und gar die eigene des Eingetretenen, so daß letzterem auch alle die Einwendungen entgegenstehen, die sich aus dem Verhältnis zwischen ihm und dem Schuldner ergeben, so z. B. daß er dem Schuldner Stundung gewährt habe. Ferner bleiben alle Einwendungen, die sich aus einem zwischen dem Schuldner und Eingetretenen bestehenden Kausalverhältnis, kraft dessen die Zahlung an den Gläubiger erfolgt ist, aufrechterhalten. In den Paragraphen, in denen es sich um ein Eintrittsrecht des

[1]) Oßwald S. 60.
[2]) Schollmeyer § 404 Anm. 3.

befriedigten Gläubigers handelt, ist diese Bestimmung ausdrücklich nur in den §§ 774, 1143, 1225 BGB. aufgestellt. Daraus, daß in den anderen Subrogationsfällen diese Bestimmung nicht expressis verbis ausgesprochen ist, darf man nicht folgern, daß diese Bestimmung hier nicht gelten solle.[1] Vielmehr ist der Grundgedanke einer kraft Gesetzes übergehenden Forderung „sachlich derselbe". Hieraus folgt „für alle Fälle gleichmäßig, daß ein zwischen dem zahlenden Dritten und dem Hauptschuldner früher schon bestandenes Rechtsverhältnis durch diesen gesetzlichen Übergang der besprochenen Art nicht berührt wird".[2]

§ 406 BGB. bestimmt, daß der Schuldner eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem Eingetretenen gegenüber aufrechnen kann. Hierbei ist aber dem Eingetretenen der Gegenbeweis vorbehalten, daß der Schuldner beim Erwerbe der Kompensationsforderung den Übergang der Forderung kraft Gesetzes kannte oder daß die Forderung erst nach Erlangung der Kenntnis und später als die übergegangene Forderung fällig geworden ist. Auf welche Weise der Schuldner von dem Legalübergang der Forderung Kenntnis erlangt hat, bleibt gleichgültig. Die Kenntnis vom Übergange ist jedenfalls dann vorhanden, wenn der Schuldner die Tatsachen kennt, an welche sich der gesetzliche Übergang knüpft.

Die Kenntnis von dem gesetzlichen Übergange spielt auch in den §§ 407 ff. eine große Rolle. Der Eingetretene muß nämlich nach § 407 beim Fehlen dieser Kenntnis eine Leistung des Schuldners an den bisherigen Gläubiger, sowie jedes nach dem Übergange zwischen beiden abgeschlossene Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen. Hierbei kann der Dritte durch den Gegenbeweis, daß der Schuldner den Übergang der Forderung gekannt habe, die Leistung an den bisherigen Gläubiger unwirksam machen. Ebenso muß der Eingetretene nach § 407 Abs. 2 ein rechtskräftiges Urteil, welches in einem zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger nach dem Übergange anhängig gewordenen Rechtsstreite gefällt wird, gegen sich gelten lassen.

[1] Stammler S. 204.
[2] Stammler a. a. O.

es sei denn, daß der Schuldner den Übergang beim Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat. Kennenmüssen steht der Kenntnis hier nicht gleich. Deshalb ist in allen diesen Fällen eine Denunziation des Überganges an den Schuldner tunlich, um den guten Glauben des Schuldners zu zerstören. Dasselbe bezieht sich auf § 408 BGB. Denn wenn nach dem Übergange die Forderung von dem bisherigen Gläubiger an einen Dritten abgetreten oder durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird, oder wenn der bisherige Gläubiger trotz des ersten gesetzlichen Überganges gegenüber einem Dritten den gesetzlichen Übergang anerkannt, so gilt hinsichtlich eines Rechtsgeschäfts oder rechtskräftigen Urteils zwischen dem Gläubiger und dem Dritten dasselbe wie oben nach § 407 BGB.

Zeigt der Gläubiger dem Schuldner den gesetzlichen Übergang der Forderung auf den Eingetretenen an oder legt letzterer eine Urkunde vor, in der der Gläubiger dem Dritten den Übergang bescheinigt, so kann der Schuldner den Dritten als neuen Gläubiger behandeln, auch wenn der gesetzliche Übergang nicht erfolgt oder unwirksam ist (§ 409 BGB.).

Alle diese Grundsätze finden auch dann Anwendung, wenn nur für einen Teil der Leistung eine Befriedigung seitens des Dritten erfolgt ist. Der Übergang der Forderung auf den Dritten vollzieht sich in diesem Falle nur in Höhe des befriedigten Teiles und nur für diesen Teil gehen die Nebenrechte nach § 401 mit über. Auch muß der Gläubiger dem Dritten nach § 403 auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über den Teilübergang ausstellen; in gleicher Weise bleibt die Auskunftspflicht des Gläubigers nach § 402 bestehen. Dagegen muß die nach § 402 bestehende Pflicht zur Herausgabe von Beweisurkunden eine Änderung erfahren. Denn daß der Gläubiger wegen seiner Restforderung ein Interesse an der Zurückbehaltung der Beweisurkunden hat, liegt auf der Hand. Es herrscht jedoch Streit darüber, wie weit sich die Pflicht des Gläubigers bei Teilübergang erstreckt.

Man kann im wesentlichen drei verschiedene Meinungen unterscheiden. Schollmeyer § 402 Anm. 2 und Rehbein §§ 398—413 Anm. 18 sind der Ansicht, daß der Eingetretene

auch bei Teilübergang die Auslieferung der Beweisurkunden verlangen könne. Schollmeyer erkennt dem bisherigen Gläubiger das Recht zu, sich auf eigene Kosten eine öffentlich beglaubigte Abschrift anfertigen zu lassen. Sollte er jedoch das Original nötig haben, so könnte er jederzeit im Wege der Klage die Vorlegung desselben erzwingen.

Nach Planck § 402 Anm. 1 kann der Eingetretene nur die Einräumung des Mitbesitzes verlangen. Er modifiziert in der neuesten Ausgabe seines Kommentars[1]) seine Ansicht dahin, daß mit Rücksicht auf Treu und Glauben der bisherige Gläubiger den Eingetretenen zum Mitberechtigten machen und ihm den Besitz der Beweisurkunden so weit überlassen müsse, als der Eingetretene ihrer zur Geltendmachung seiner Rechte bedürfe.

Beide Ansichten führen zu einem wenig praktischen Ergebnis. Vielmehr wird man bei Teilübergang dazu kommen, den § 402 BGB. mit Dernburg,[2]) Matthiaß,[3]) Oertmann[4]) und anderen[5]) einschränkend zu interpretieren. Hiernach ist der bisherige Gläubiger nicht zur Herausgabe der Beweisurkunden verpflichtet. Ein Analogon finden wir im § 444 BGB., wonach der Verkäufer eines Grundstücks prinzipaliter dem Käufer die in seinem Besitz befindlichen Beweisurkunden herauszugeben hat. Nur wenn sich ihr Inhalt noch auf andere Angelegenheiten erstreckt, so ist der Verkäufer nur zur Erteilung eines öffentlich beglaubigten Auszuges verpflichtet (§ 444 Satz 2 BGB.).

In einem Subrogationsfalle, — Befriedigung des Gläubigers durch den nicht persönlich haftenden Grundstückseigentümer § 1143 BGB. — bestimmt § 1145 BGB. ausdrücklich, daß der Befriedigende bei Teilbefriedigung die Aushändigung des Hypothekenbriefes nicht verlangen könne, sondern nur die Anfertigung eines Teilhypothekenbriefes. Diese Vorschrift entspricht ohne

---

[1]) 3. Aufl., Berlin 1904, § 402 Anm. 1 d.

[2]) II § 142, 2.

[3]) I S. 454.

[4]) § 402 Anm. 2 b.

[5]) Stolzenberg S. 91 f.; Lueg S. 39; anscheinend auch Enneccerus u. Lehmann I § 225 IIa; Stammler S. 205; Oßwald S. 59.

Zweifel der richtigen Erkenntnis, daß der Gläubiger hinsichtlich seiner Restforderung ein berechtigtes Interesse an der Retention des ursprünglichen Hypothekenbriefes habe.

Ich halte es für unbedenklich, diese Vorschrift analog auf die anderen Subrogationsfälle, und zwar auf jegliche Art von Beweisurkunden auszudehnen, zumal eine derartige Regelung den bei dem gesetzlichen Übergange aufgestellten Grundsätzen am meisten entspricht. Das Gesetz behandelt den bisherigen Gläubiger dem Eingetretenen gegenüber so schonend als möglich. Das zeigt schon die Vorschrift, daß der Übergang der Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden darf. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch der aus § 952 sich ergebende Widerstreit am besten zu lösen. Nach § 952 steht zweifellos dem alten Gläubiger das Eigentum an einem über die Forderung ausgestellten Schuldschein zu. Dadurch, daß nun ein Teil dieser Forderung auf einen anderen übergegangen ist, kann das Recht des Gläubigers unmöglich eine Beeinträchtigung erfahren. Andererseits kann man aber auch dem Eingetretenen ein Recht an dem Schuldscheine nicht ohne weiteres absprechen. Ebensowenig ist aber anzunehmen, wie Dernburg[1]) mit Recht sagt, „daß § 952 dem bisherigen Eigentümer des Schuldscheins materielle Rechtsverletzungen zufügen wollte." Der Widerstreit läßt sich daher nur so lösen, daß dem Gläubiger als dem Inhaber des älteren und stärkeren Rechtes, insbesondere mit Rücksicht auf sein Interesse wegen der Restforderung das Recht an dem Schuldscheine zusteht, während der Eingetretene die Erteilung einer beglaubigten Abschrift verlangen kann. Daneben wird man aber dem Eingetretenen das Recht zuerkennen müssen, die Vorlegung des Originals von dem Gläubiger zu verlangen, falls es nötig werden sollte.[2])

Bei Teilübergang der Hypothekenforderung können nach § 1152 BGB. Teilhypothekenbriefe hergestellt werden. Zu diesem Zwecke ist der bisherige Gläubiger für verpflichtet zu halten, dem Eingetretenen die Hypothekenbriefe auszuliefern.

---

[1]) II § 142, II.

[2]) vgl. z. B. §§ 435 Satz 1 Halbsatz 2, 429, 422 ZPO.; § 810 BGB.

VI. Die Haftung des bisherigen Gläubigers.

Das BGB. hat im § 437 für den Verkäufer einer Forderung die Haftung für den rechtlichen Bestand der Forderung bestimmt. Diese Haftung ist aber dem bisherigen Gläubiger beim Übergang einer Forderung kraft Gesetzes nicht aufzuerlegen. Der Übergang der Forderung vollzieht sich in den Subrogationsfällen ohne den Willen des Gläubigers. Deshalb ist anzunehmen, daß der Gläubiger dem Eingetretenen in der Sache zu nichts verpflichtet ist. Auch läßt sich aus der positiven Bestimmung, daß der Übergang nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden darf, entnehmen, daß der Eingetretene den Gläubiger auf Verität der Forderungen nicht in Anspruch nehmen kann.[1]) Diese Ansicht welche allgemein in der Literatur vertreten ist,[2]) findet ihre Bestätigung auch in den Motiven, wo es in Bd. 2 S. 127 heißt: „geht eine Forderung unmittelbar kraft des Gesetzes auf einen neuen Gläubiger über . . . ., so findet . . . . . keinerlei Haftung des bisherigen Gläubigers, weder für den rechtlichen Bestand der Forderung, noch für die Güte der Forderung statt."

Undeutlich über diese Frage spricht sich Schollmeyer § 268 Anm. 5 aus, der eine Haftung für Verität anzunehmen scheint.[3]) In gewisser Weise ist auch von einer Haftung des bisherigen Gläubigers für Verität zu sprechen. Wenn der Eintrittsberechtigte nämlich bei Nichtbestehen der Forderung vom Schuldner keinen Ersatz verlangen kann, so kann er zwar den Gläubiger deshalb nicht auf Schadensersatz verklagen, aber man wird dem Eingetretenen ohne Zweifel die Bereicherungsklage gegen den Gläubiger nach § 812 f. BGB. zugestehen müssen. Es würde eine ungewöhnliche Durchbrechung der rechtlichen Grundsätze bedeuten, wenn man den Dritten, der an den

---

[1]) vgl. Stammler S. 204; Dernburg II § 143 unter V; Stolzenberg S. 93.

[2]) vgl. Dernburg II § 143 unter Va; Matthiaß I S. 460 unter 1; Stammler S. 205; Oertmann § 268 Anm. 5; Scherer II S. 470; Neumann § 412 Anm. 3; Oßwald S. 58.

[3]) Ebenso Weißbart S. 58.

Gläubiger eine nicht bestehende Forderung zahlte, leer ausgehen lassen wollte.

Würde z. B. ein Dritter nach § 267 BGB. zahlen, so würde ihm zweifellos bei Nichtbestehen der Forderung gegen den Gläubiger eine condictio indebiti zustehen.[1]) Und hier ist der Zahlende hinsichtlich seiner Ersatzansprüche auf das zwischen ihm und dem Schuldner bestehende Rechtsverhältnis angewiesen. Sollte in den Subrogationsfällen der Dritte, dessen Stellung durch den gesetzlichen Forderungsübergang nur gebessert werden sollte, im Vergleiche zu dem Zahler gewöhnlicher Schulden schlechter gestellt sein? Das würde mit Recht ein unbilliges Ergebnis zu nennen sein. Es ist deshalb anzunehmen, daß der Schuldner mit einer condictio indebiti gegen den Gläubiger vorgehen kann. Der Gläubiger wird sich bei der Geltendmachung der Bereicherungsklage nicht etwa auf die Bestimmung berufen können, daß die Geltendmachung zu seinem Nachteile erfolge und daher unzulässig sei.[2]) Die Grundlage der condictio debiti ist hier, wie Schollmeyer a. a. O. mit Recht hervorhebt,[3]) nicht der gesetzliche Übergang der Forderung, sondern die Befriedigung des Gläubigers, die ihm rechtmäßigerweise aber gar nicht zukam. Der condictio müßte daher der Gläubiger auch dann weichen, wenn der gesetzliche Übergang der Forderung gar nicht stattgefunden hätte.

Eine Haftung für Bonität ist, wie übereinstimmend in der Literatur anerkannt wird, ausgeschlossen.[3]) Haftet der Verkäufer nur bei ausdrücklicher Vereinbarung für die Bonität einer Forderung, so kann beim gesetzlichen Übergang einer Forderung von einer solchen Haftung um so weniger die Rede sein, da der Übergang sich ohne Zutun des Gläubigers, ja sogar gegebenenfalls gegen seinen Willen vollzieht.

Daß der Gläubiger weder für Verität noch für Bonität der Forderung haftet, geht aus folgendem Beispiel hervor. Hat der Eingetretene eine verjährte Forderung an den Gläubiger gezahlt,

---

[1]) vgl. Stolzenberg S. 93, 94.
[2]) Schollmeyer § 268 S. 78.
[3]) Ebenso Stolzenberg S. 94.
[4]) vgl. Anm. 2 auf S. 79 dieser Abhandlung.

so steht ihm ein Regreß gegen den Schuldner, der sich auf die Einrede der Verjährung beruft, nicht zu. Aber auch gegen den Gläubiger kann der Zahler nicht mit Erfolg vorgehen, er kann nicht, wie Scherer zu Unrecht annimmt,[1]) die condictio indebiti gegen den Gläubiger anstrengen. § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmt zwar, daß das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete dann zurückgefordert werden kann, „wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde". Nach Satz 2 a. a. O. dagegen in Verbindung mit § 222 Abs. 2 ist die Zurückforderung einer bereits bezahlten verjährten Forderung ausgeschlossen. Das ist hier der Fall. Der Dritte geht in einem solchen Falle leer aus, selbst wenn er in Unkenntnis der Verjährung bezahlt hat. Er hat ja auch kein indebitum gezahlt; denn eine verjährte Forderung besteht fort und kann nur einredeweise entkräftet werden. Der Zahlende hätte sich eben von der Verfassung der Forderung überzeugen müssen.

VII. Beschränkung des Eintrittsrechtes.

Der Eingetretene steht hinsichtlich der Geltendmachung seiner Forderung gegen den Schuldner nicht unbeschränkt da, sondern muß in erster Linie auf den bisherigen Gläubiger Rücksicht nehmen. Diese Rücksichtnahme gipfelt in allen Subrogationsfällen in der Bestimmung: der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers bezw. in den §§ 1607 und 1709 BGB. des Unterhaltsberechtigten geltend gemacht werden (Kollisionsklausel).[2]) Diese Bestimmung beschränkt den Eingetretenen in doppelter Hinsicht; nämlich einmal hinsichtlich des Überganges der Nebenrechte und der Verpflichtung des Gläubigers zur Herausgabe von Beweisurkunden bezw. Auskunftserteilung, zweitens hinsichtlich der eigentlichen Geltendmachung der übergegangenen Forderung gegen den Schuldner.

Nach § 401 BGB. gehen, wie oben dargetan ist, die für die

[1]) § 774 Anm. 4c.
[2]) vgl. Roth S. 57.

Forderung haftenden Hypotheken, Pfand- und Bürgschaftsrechte mit über. Haften diese Rechte aber noch für eine andere Forderung des Gläubigers, so kann die Geltendmachung nicht zum Schaden des Gläubigers stattfinden. Der Gläubiger könnte daher die Herausgabe eines Pfandes so lange verweigern, bis er wegen seiner anderen Forderungen vollständig befriedigt ist. Dasselbe gilt, wenn der Übergang der Forderung nur zum Teil stattgefunden hat, zugunsten der dem Gläubiger verbleibenden Restforderung. Durch diese Bestimmung hat der Gesetzgeber gewissermaßen „eine gesetzliche Rangordnung für die Reihenfolge der Befriedigung aufgestellt".[1]) Es rangiert daher der Eingetretene mit seinem Pfandrechte, solange dasselbe Pfand dem Gläubiger verhaftet ist, hinter dem Gläubiger. Ebenso ist es bei einer Hypothek. Bei einer Hypothek kann nach § 1151 BGB. eine Teilung vorgenommen werden. Wenn dann nach § 1152 BGB. Teilhypothekenbriefe hergestellt werden, so ist aber immer daran festzuhalten, daß die Hypothek des Eingetretenen der des Gläubigers im Range nachsteht. Nach § 402 BGB. ist der bisherige Gläubiger verpflichtet, dem Eingetretenen die über die Forderung bestehenden Beweisurkunden auszuliefern. Dieser Pflicht kann sich der Gläubiger unter Umständen entschlagen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Zurückhaltung der Beweisurkunden hat. Er kann sich in diesem Falle auf die Kollisionsklausel des Gesetzes mit Erfolg berufen.[1]) Das ist z. B. der Fall, wenn die Urkunde sich noch auf eine andere, dem Gläubiger zustehende Forderung bezieht. Dasselbe gilt hinsichtlich der Auskunftserteilung, wenn der Gläubiger sich dadurch selbst Nachteil bereiten würde, z. B. wenn der Eingetretene dadurch in Geschäftsgeheimnisse eingeweiht würde.[2])

Von besonderer Bedeutung ist die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß die Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden könne, für den Fall, daß der Eingetretene durch die Geltendmachung der übergegangenen Forderung gegen den Schuldner die Interessen des Gläubigers

---

[1]) Stammler S. 205.

[2]) Dernburg II § 143 unter Vb.

verletzt. Wenn daher der Eingetretene durch die Einziehung der Forderung den Schuldner zahlungsunfähig machen würde, so kann der Gläubiger, dem noch eine andere Forderung gegen den Schuldner zusteht, der Geltendmachung der Forderung durch den Dritten widersprechen. Wichtig kann dieses werden bei der Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen nach den §§ 1607 und 1709 BGB., wenn durch die Inanspruchnahme der Unterhaltspflichtige „unfähig würde, seiner Unterhaltspflicht für die Zukunft zu genügen".[1])

Ist die auf den Eingetretenen übergegangene Forderung durch Hypothek gesichert und steht dem Gläubiger an demselben Grundstück eine der ersteren nachstehenden Hypothek zu, so ist der Eingetretene an der nachteiligen Geltendmachung seiner Hypothek durch die Rücksichtnahme auf den Gläubiger gehindert. Wenn der Eingetretene, um zu seiner Befriedigung zu gelangen, den Antrag auf Zwangsversteigerung stellt, obwohl zu erwarten steht, daß der Gläubiger mit seiner nachstehenden Hypothek ausfällt, so wird der Gläubiger den Eingetretenen zwingen können, den Antrag zurückzunehmen, weil er andernfalls Nachteile erleiden würde.

Haftet dem Gläubiger für mehrere Forderungen dasselbe Pfand, so geht, sofern ein Dritter dem Gläubiger die eine Forderung zahlt, mit der Zahlung zwar das Pfandrecht über, aber der bisherige Gläubiger behält das bessere Pfandrecht. Der Gläubiger hat ein Zurückbehaltungsrecht an dem Pfandobjekt und braucht es dem Eingetretenen erst auszuliefern, wenn er für die anderen Forderungen Befriedigung erlangt hat. Darüber, wie der bisherige Gläubiger sich vor einer nachteiligen Geltendmachung seitens des Dritten bewahrt, ist man verschiedener Ansicht. Planck § 268 Anm. 5 (3. Aufl.) und mit ihm Weißbart S. 53 sind der Meinung, das Gericht habe die dem Gläubiger nachteilige Geltendmachung von Amts wegen zu rügen. Dieser Ansicht ist aber nicht beizupflichten. Schollmeyer S. 78, 79 und Stolzenberg S. 96, 97 sind der m. E. richtigen Ansicht, daß zu einem Einschreiten von Amts wegen keine Veranlassung

[1]) Staudinger III § 1607 Anm. 6.

vorliegt. Das Gericht hat keinen Anlaß, Erhebungen darüber anzustellen, welcher Forderung der Vorzug gebührt, da unter Umständen durch Vertrag mit dem alten Gläubiger der neue Gläubiger den Vorrang erhalten haben kann. Vielmehr muß es dem Gläubiger überlassen bleiben, durch prozessuale Mittel sein gutes Recht zu erhalten. Bei der Geltendmachung durch Zwangsvollstreckung führen die §§ 766, 771 oder 805 ZPO. zum Ziele.

Der Schuldner kann dem Eingetretenen gegenüber einen Einwand daraus nicht herleiten, die Geltendmachung der Forderung gereiche dem Gläubiger zum Nachteile.[1]) Die Einwendung aus der Kollisionsklausel steht vielmehr nur dem Gläubiger zu.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält sich besonderer Bestimmungen darüber, für den Fall, daß die Geltendmachung der Forderung gegen den Schuldner zum Nachteile des Gläubigers tatsächlich erfolgt ist. Jedoch kann der Gläubiger den Eingetretenen nach § 823 BGB. auf Schadensersatz belangen, wenn der Eingetretene durch die Geltendmachung der Forderung den Schuldner in Zahlungsunfähigkeit versetzt oder auf andere Weise die Befriedigung des Gläubigers vereitelt oder erschwert. Geschah die Geltendmachung ohne dolus oder culpa, so wird § 812 BGB. zum Ziele führen und der Gläubiger dem Eingetretenen das Erhaltene abstreiten können.

Das Eintrittsrecht des zahlenden Dritten erfährt aber nicht nur gegenüber dem Gläubiger, sondern auch gegenüber dem Schuldner eine Einschränkung. In dieser Hinsicht bestimmt z. B. § 774 Abs. 1 Satz 3 BGB.: „Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.“ Der zahlende Bürge tritt zwar an die Stelle des Gläubigers, sein Eintrittsrecht ist aber insofern beschränkt, als er Einwendungen, die gegen den bisherigen Gläubiger nicht existierten, unter Umständen gegen sich gelten lassen muß. Dieselbe Bestimmung ist getroffen in den §§ 1143 und 1225 BGB. Bei allen anderen Fällen des Eintrittsrechtes ist diese Bestimmung nicht ausdrücklich statuiert. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß in allen anderen

[1]) Schollmeyer § 268.

Fällen die gleiche Beschränkung gelten muß;[1]) denn der Grundgedanke einer kraft Gesetzes übergegangenen Forderung ist sachlich derselbe.

Als Beschränkung des Eintrittsrechts ist in gewisser Weise auch die für den Gesamtschuldner gegebene Vorschrift anzusehen, daß er nur anteilsweise die Forderung gegen seine Mitschuldner geltend machen könne (§ 426 BGB.). Die Gesamtschuldner haften dem Eingetretenen nicht etwa wieder als Gesamtschuldner, wie sie dem Gläubiger gegenüber gehaftet haben, sondern der Eingetretene kann gegen jeden Mitschuldner nur den auf ihn entfallenden Betrag geltend machen.

Eine entsprechende Vorschrift findet sich, wenn mehrere Mitbürgen für eine Forderung haften, im § 774 Abs. 2 BGB.: „Mitbürgen haften einander nur nach § 426." Ein zahlender Mitbürge kann daher gegen seine Mitbürgen eine Ersatzforderung nur in Höhe des auf sie entfallenden Anteiles geltend machen, nicht dagegen in Höhe der ganzen Forderung gegen einen der Mitbürgen.

VIII. Konkurrenz mehrerer Eintrittsberechtigter.

Einer besonderen Betrachtung sind einige Fälle zu unterziehen, wenn mehrere Eintrittsberechtigte zusammentreffen. Das ist z. B. der Fall, wenn mehrere Gesamtschuldner vorhanden sind, und jeder derselben einen Teil der Schuld zahlt. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt uns für den Fall, daß durch Vertrag nichts anderes vereinbart ist, eine Bestimmung in dem § 426. Wenn also z. B. A, B und C als Gesamtschuldner für eine Forderung von 1500 Mk. haften und A 900 Mk., B 600 Mk. zahlt, so kann A gegen B und C je 300 Mk geltend machen, B gegen A und C je 200 Mk. Daraus ergibt sich, daß B an A noch 100 Mk., C an A 300 Mk. und C an B 200 Mk. zahlen muß.[2])

---

[1]) Stammler S. 204; Dernburg II S. 144 unter IV Abs. 2.

[2]) Für den Fall, daß ein Gesamtschuldner zahlungsunfähig ist, vgl. oben S. 55.

Desgleichen sind Mitbürgen, die je einen Teil der Forderung zahlen, nach § 774 Abs. 2 BGB. einander zur Ausgleichung verpflichtet (vgl. Abschn. VII am Ende.)

Abgesehen von den eben besprochenen Fällen bietet dagegen große Schwierigkeit die Lösung der Frage, wenn für dieselbe Forderung zugleich mehrere Sicherheiten haften, z. B. mehrere Drittverpfänder oder ein Bürge und Drittverpfänder, oder ein Bürge und eine von einem Dritten an seinem Grundstück bestellte Hypothek.

Dieser Frage hat Strohal in der DJZ. Jahrg. 8 S. 373ff. eine eingehende Untersuchung gewidmet. Seit dieser Zeit hat sich ein lebhafter Streit um dieses Problem erhoben, der eine Reihe von Aufsätzen gezeitigt hat.

Bis auf Strohal hatten zwei verschiedene Ansichten um den Vorrang gestritten. Die eine Meinung hatte in Biermann[1]) und Endemann,[4]) die andere in Planck[3]) ihre Hauptvertreter.

Biermann und Endemann nehmen an, daß der den Gläubiger nach § 1225 BGB. befriedigende Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners sich an den Bürgen, der außerdem für die Forderung haftet, halten könne. Umgekehrt könnte sich der Bürge, wenn er mit seiner Zahlung zuvorkäme, an dem Pfande schadlos halten. Nach dieser Ansicht würde also immer die Prävention der Befriedigung ein besseres Recht verleihen. Es ist einleuchtend, daß eine derartige Entscheidung nichts weniger als schön ist. Zu dieser Ansicht kann man ohne Bedenken auch nur dann gelangen, wenn man annimmt, daß der § 1225 BGB. nicht schlechthin die entsprechende Anwendung des ganzen § 774 BGB. verordne, sondern die Anwendung nur auf § 774 Abs. 1 beschränke. Die genannten Vertreter nehmen dies auch tatsächlich an und erklären die Nichtbeifügung des Abs. 1 als einen Redaktionsfehler.

Planck § 1225 Anm. 1 dagegen lehnt das Vorliegen eines Redaktionsfehlers ab und begründet gerade auf die Anziehung

---

[1]) 1225 Anm. 1.
[3]) Sachenrecht § 141 Anm. 10 S. 561.
[3]) § 1225 Anm. 1 c.

des ganzen § 774 in § 1225 seine Ansicht. Hiernach findet die Vorschrift des § 774 Abs. 2, daß sich Mitbürgen einander im Zweifel gegenseitig nach Kopfteilen zur Ausgleichung verpflichtet sind, auch dann Anwendung, wenn ein von einem Drittverpfänder bestelltes Pfand und daneben noch ein Bürge haften. Das Verhältnis sei dasselbe wie zwischen Mitbürgen. Danach hätte also die eine Hälfte der Schuld das von dem Dritten bestellte Pfand, die andere Hälfte dagegen der Bürge zu tragen.

Den Ansichten von Biermann und Planck tritt nun Strohal in dem erwähnten Aufsatz entgegen. Auch Strohal nimmt das Vorliegen eines Redaktionsversehens an und läßt im § 1225 nur den § 774 Abs. 1 mit Ausschluß des Abs. 2 Anwendung finden. Nach Strohal ist eine Ausgleichspflicht zwischen dem Bürgen und Drittverpfänder nach der ganzen Gestaltung des Bürgschaftsrechtes ausgeschlossen. Nach seiner Ansicht kann wohl der befriedigende Bürge in Gemäßheit der §§ 774, Abs. 1, 412, 401 BGB. die übergegangene Forderung gegen den Drittverpfänder geltend machen und sich an dem von diesem bestellten Pfande schadlos halten, soweit der Wert desselben reicht.

Wenn dagegen der Drittverpfänder nach § 1225 den Gläubiger zuerst befriedigt, so geht ebenfalls auf ihn kraft Gesetzes die Forderung mit dem Bürgschaftsrecht (§§ 401, 412) über. Es steht daher nichts im Wege, den Bürgen in Anspruch zu nehmen. Dies ist aber nicht ganz allgemein der Fall, sondern bedarf einer gewissen Einschränkung. Durch die Zahlung seitens des Drittverpfänders geht nämlich im allgemeinen nach § 1256 Abs. 1 BGB. das Pfandrecht unter. Sei das aber der Fall, so argumentiert Strohal, so könne sich der Bürge auf die Wohltat des § 776 BGB. berufen. Hiernach wird nämlich der Bürge insoweit von der Haftung frei, als es sich an einem vom Gläubiger aufgegebenen Sicherheitsrecht hätte schadlos halten können, selbst wenn die Bestellung der Sicherheit nach der Übernahme der Bürgschaft erfolgt ist. Wenn daher der Drittverpfänder sich an den Bürgen halten wolle, so müsse der Drittverpfänder sein Pfandrecht nach § 1256 Abs. 2 BGB. fortbestehen lassen und so dem Bürgen den ihm nach § 776 garantierten Rückgriff

auf das Pfand gestatten. Soweit der Drittverpfänder aber das Fortbestehen des Pfandrechts ablehne, könne er den Bürgen nicht in Anspruch nehmen. Wenn der Drittverpfänder aber gegen den Bürgen einen Regreßanspruch geltend mache, so gebe er damit sein Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts zu erkennen. Wenn dann der Bürge seinerseits dem Befriedigungsverlangen des Drittverpfänders stattgebe, so gehe die Forderung mit dem als fortbestehend geltenden Pfandrecht auf den Bürgen über; er könne daher die Forderung auf das Pfand abwälzen.

Auf dieser Grundlage kommt Strohal zu der Ansicht, daß im Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfänder immer der Letztere die Last der Schuld zu tragen habe.

Dieser Ansicht Strohals haben Boetke,[1]) Lippmann[2]) und Lueg[3]) völlig angeschlossen. Auch Martinus[4]) erklärt sich „ohne Bedenken“ für den Standpunkt Strohals, „daß im Verhältnis zwischen Bürgen und Mitverpfänder mit Rücksicht auf §§ 776, 1256 Abs. 2 BGB. immer der Letztere den leidtragenden Teil abzugeben hat.“ Dagegen erklärt er die Annahme Strohals, daß die Verordnung des ganzen § 774 auf einem Redaktionsfehler beruhe, für ungerechtfertigt. Die entsprechende Anwendung der für Mitbürgen geltenden Vorschrift im § 1225 BGB. bestehe darin, daß hier den mehreren Mitbürgen die mehreren „Mitverpfänder“ entsprächen.[5]) Daher sei von mehreren Mitverpfändern ebenso wie von mehreren Mitbürgern die Last der Schuld anteilsweise auf ihr Pfand zu übernehmen. Martinus stellt sich dabei auf den Standpunkt, daß zwischen mehreren Mitverpfändern ein mitbürgenähnliches Verhältnis bestehe, daß aber ein solches Verhältnis nicht zwischen einem Bürgen und Drittverpfänder angenommen werden könne.

---

[1]) Gruchots Beiträge Bd. 47 S. 895 ff.

[2]) S. 180 ff.

[3]) S. 31 ff.

[4]) DJZ. 8. Jahrg. No. 23 S. 543 f.

[5]) Ähnlich Koban S. 199, 200, der die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 BGB. in § 1225 folgendermaßen formuliert: „Mehrere Pfänder haften einander nur nach § 426.“ Er erklärt die persönliche Fassung: „Mehrere Verpfänder haften einander nur nach § 426“ für ausgeschlossen.

Gegen diese Auffassung, sowie gegen die Auffassung Strohals hat Breit in Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 283 ff. Stellung genommen. Er hat daselbst eine Lösung gegeben, die im allgemeinen vollste Zustimmung beanspruchen kann und zwar schon deshalb, da sie der „ausgleichenden Gerechtigkeit," wie er sagt, am meisten Rechnung trägt und völlig in Übereinstimmung mit unserm Rechte steht. Seine Ausführungen haben daher in der Literatur lebhaften Anklang gefunden. Der Ansicht von Breit stimmen im wesentlichen bei: Bendix in Kohlers Archiv Bd. 25 S. 84 f. und Koban S. 198 ff., 202 f.

Breit ist der Ansicht, es sei nicht etwa ganz allgemein der Fall, daß mit dem Übergang der Forderung auch die Nebenrechte (Pfand-, Hypotheken- und Bürgschaftsrechte) übergehen. Man müsse vielmehr den § 401 BGB. restriktiv interpretieren und annehmen, daß nur die von dem Schuldner selbst bestellten Sicherheitsrechte auf den befriedigenden Dritten ohne weiteres übergehen. Für die von einem Fremden bestellten Sicherheiten gelte dies nur, wenn dem Dritten gegen den fremden Sicherheitsverpflichteten ein besonderer Ersatzanspruch zustehe. Zum Beweise zieht er zwei Fälle an, in denen das allgemeine Prinzip von dem Übergange der Sicherungsrechte durchbrochen ist.

a) Der Mitbürge erwirbt mit der Befriedigung die Forderung gegen den Hauptschuldner in voller Höhe. Gegen die anderen Mitbürgen erwerbe er dagegen die Forderung nicht in voller Höhe, sondern nur insoweit, als er von den Mitbürgen Ausgleichung verlangen könne.

b) Ebenso erwerbe der Eigentümer, der für die Schuld eines anderen sein Grundstück mit einer Hypothek belastet habe, bei Befriedigung des Gläubigers die Forderung in voller Höhe samt der Hypothek an seinem Grundstück. Bestehe aber für dieselbe Forderung eine Gesamthypothek, so erlöschen die Hypotheken an den anderen Grundstücken. Sie bleiben nur dann bestehen, wenn der Befriedigende einen Anspruch auf Ersatz gegen einen der anderen Eigentümer oder dessen Vorgänger hat (§§ 1143 Abs. 3, 1173 BGB.).

„Also in beiden Fällen: Übergang der Sicherung trotz des

vollständigen Überganges der Forderung nur in Höhe der Ausgleichungspflicht“ (Breit S. 285).

An diese zwei Beispiele läßt sich noch ein dritter Fall knüpfen, der oben schon besprochen ist, wenn für dieselbe Forderung mehrere von Dritten bestellte Pfänder haften. Auch in diesem Falle geht die Forderung auf den befriedigenden Drittverpfänder in voller Höhe über. Der Befriedigende kann aber die Schuld nur insoweit auf die anderen Pfänder abwälzen, als er die übrigen Pfänder zum Ersatz heranziehen darf, d. i. im Zweifel nach Kopfteilen (§§ 1225 Satz 2, 774 Abs. 2, 426 Abs. 1). Diese drei Ausnahmen lassen nach Breit die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß es sich um ein allgemeines Prinzip handelt, wonach mehrere Sicherungsverpflichtete im Zweifel einander nach Kopfteilen zum Ausgleich verpflichtet sind. Es ist gleichgültig, ob es sich dabei um Bürgen, Drittverpfänder oder Hypothekenschuldner handelt. Natürlich ist dabei im Auge zu behalten, daß Verpfänder und Hypothekenschuldner niemals persönlich, sondern nur mit den verpfändeten Gegenständen haften.

Bendix a. a. O. kommt ebenso wie Breit zu derselben Ansicht, daß mehrere Sicherungspflichtige im Zweifel zum Ausgleich verbunden sind. Nach seiner Ansicht ist es aber gar nicht notwendig, aus den §§ 774 Abs. 2 u. 1225 Satz 2 ein allgemeines Ausgleichungsprinzip zu entnehmen. Es finde vielmehr § 426 BGB. und dessen Grundsätze unmittelbar Anwendung. Seinen Ausführungen ist sehr wohl zuzustimmen. Wenn mehrere Sicherungspflichtige zusammen kommen, z. B. Bürge, Drittverpfänder, oder Dritthypothekenschuldner, so haben wir ein typisches Gesamtschuldverhältnis vor uns, wie es besser nicht gedacht werden kann. Der Gläubiger kann nach seinem Belieben von jedem die Leistung fordern bezw. sich aus dem Pfande befriedigen; durch die einmalige Leistung wird er aber befriedigt. Liegt aber Gesamtschuldverhältnis vor, so sind nach § 426 Abs. 1 die Mitschuldner sich im Zweifel nach Kopfteilen zur Ausgleichung verpflichtet. Hierdurch kommen wir zu dem durchaus befriedigenden Ergebnis, daß sowohl der Bürge als auch der Pfandgläubiger oder der Eigentümer eines Grundstücks,

der für die Schuld eines anderen sein Grundstück belastet hat, anteilsweise die Last der Schuld zu tragen haben. „Ob jemand als Bürge, Hypothekenschuldner oder Pfandschuldner zahlt, ist wirtschaftlich gleichgültig: gebietet es in einem Falle die Billigkeit, einen Ersatzanspruch gegen den Mitverpflichteten zu gewähren, so auch im anderen."

IX. Sonstige Ersatzansprüche des zahlenden Dritten neben den durch den gesetzlichen Eintritt erworbenen Rechten.

Wie schon mehrfach im Laufe dieser Abhandlung erwähnt, bleibt neben den Ansprüchen, die der Zahlende aus dem gesetzlichen Übergange der Forderung herleitet, ein etwaiger Ersatzanspruch des Dritten aus einem zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Kausalverhältnis unberührt.[1]) Dieses Verhältnis kann „von dem zahlenden Dritten zur quantitativen und qualitativen Verstärkung und Ergänzung seines Ersatzanspruches"[2]) herangezogen werden. Der zahlende Dritte kann daher seinen Ersatzanspruch gegen den Schuldner auch stützen auf Antrag oder ein ähnliches Verhältnis, oder mangels eines besonderen Verhältnisses auf Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Dritte kann nach seiner Wahl sowohl die Klage aus dem gesetzlichen Forderungsübergange als auch die Mandats- bezw. Geschäftsführungsklage anstellen; ja er kann sie sogar beide anstrengen. Unter Umständen kann ihm die Geschäftsführungsklage viel günstiger sein, da er mit ihr auch die gemachten Auslagen verlangen kann, welches Recht ihm bei Geltendmachung der gesetzlich übergegangenen Forderung abgeht (§ 683 in Verbindung mit § 670 BGB.). Der Anspruch aus dem gesetzlichen Übergange der Forderung und die Ansprüche aus einem etwaigen Kausalverhältnis sind aber so miteinander verknüpft, daß mit

---

[1]) vgl. Dernburg II § 144 unter IV; Stammler S. 203; Enneccerus u. Lehmann § 226 unter 2; Matthiaß S. 459.

[2]) Stammler S. 303/04.

der Befriedigung des einen Anspruchs zugleich der andere erlischt, soweit die Ansprüche sich decken. Soweit die übergegangene Forderung geringer ist, ist bei der Geltendmachung des überschießenden Betrages der Dritte lediglich auf das zugrunde liegende Kausalverhältnis angewiesen.

Wichtig ist auch die Geschäftsführungsklage für den Fall, daß der Übergang der Forderung nach den §§ 412, 399, 400 BGB. ausgeschlossen war. Auch hier ist der Dritte ausschließlich auf das Verhältnis, welches zwischen ihm und dem Schuldner bestanden hat, bei Geltendmachung seiner Ersatzforderung beschränkt.

Beide Ansprüche können wegen ihrer inneren Zusammengehörigkeit auch nur zusammen abgetreten werden. Sollten sie jedoch in verschiedene Hände gelangt sein, so ist jedenfalls mit der Befriedigung des einen Anspruchs auch der andere erloschen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.